

**DIE VERTIKALE PREISEMPFEHLUNG
AUS
KARTELLRECHTLICHER SICHT**

Hugo Dinter

1977



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555626_0044

D I E V E R T I K A L E P R E I S E M P F E H L U N G
A U S
K A R T E L L R E C H T L I C H E R S I C H T

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig- Maximilians- Universität
zu München

vorgelegt von

H U G O D I N T E R



Referent: Professor Dr. Schricker

Korreferent: Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1977

Die vertikale Preisempfehlung

aus kartellrechtlicher Sicht

<u>1. Abschnitt: Die historische Entwicklung</u>	20
1) Die Regelung vor Inkrafttreten des GWB	21
2) Der Regierungsentwurf zum Erlaß des GWB	21
3) Die Änderungen im Wirtschaftspolitischen Ausschuß	22
4) Die Beschlußfassung im Plenum	23
5) Das Urteil des BGH vom 8.10.58 ("4711")	25
6) Vorschläge der Bundesregierung von 1962	25
7) Regelung in der 2.GWB - Novelle	26
8) Die bevorstehende 4.GWB - Novelle	26
 <u>2. Abschnitt: Die grundsätzliche Ordnungswidrigkeit der vertikalen Preisempfehlungen</u>	
 <u>1.Kap. Das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.12</u>	28
I) Der kartellrechtliche Empfehlungsbegriff	28
1) Einseitigkeit der Erklärung	29
a) Verträge und Beschlüsse	30
b) Abgestimmte Verhaltensweisen	30
2) Das Beeinflussungsstreben	30
a) Beeinflussungswille oder obj. Willensbeeinflussung ?	30
(1) Beeinflussungswille (BGH)	30
(2) objektive Willensbeeinflussung	31
(3) Stellungnahme - verfassungskonforme Interpretation	31
b) Grundsätzliche Abgrenzung der Empfehlung von Tatsachenmitteilung und Meinungsäußerung	34
(1) Tatsachenmitteilung	34
(2) Meinungsäußerung	34
(3) Empfehlung	35
c) Kundgabe des Beeinflussungswillens	36
aa) Intensität der Kundgabe des Beeinflussungswillens	36
bb) Erforderliche Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens	37
(1) Ausdrückliche Äußerung	37
(2) Konkludente Äußerung	38
(3) Probleme der nicht ausdrücklich erklärten Preisempfehlung	41
cc) Einzelne empfehlungsbegründende Umstände	48
(1) Bruttopreisnennung an Verbraucher	49
(2) Gewöhnung des Einzelhandels	49

(3) Eigenes Interesse des Empfehlenden	52
(4) Preisauszeichnung durch den Hersteller	53
(5) Auszeichnung mit alternativen Preisen	54
(6) Preisauszeichnung auf Wunsch d.Händler	55
(7) Historische Preisdaten	55
(8) künftige Preiserwartungen	56
3) Rechtliche Unverbindlichkeit	59
4) Umstände, die keine Wesensmerkmale der Empf.sind	61
a) Empfehlungsgegenstand	62
b) Empfehlender und Empfehlungsadressat	63
c) Die Empfehlungswirkung	64
II) Die Verbots-u. Empfehlungsadressaten des § 38 I Nr.12	64
1) Die Verbotsadressaten	64
2) Die Empfehlungsadressaten	65
III) Die Bestimmtheit der Preisfestsetzung	67
IV) Die Reichweite des § 38 Abs.1 Nr.12	68
<u>2.Kap. Das Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 11</u>	69
I) Die Existenz eines umgehungsfähigen Verbots	70
1) Der Verbotscharakter der Norm	71
2) darüberhinausgehender Schutzzweck	71
3) Der Schutzzweck des § 15	71
4) Die Umgehungsfähigkeit des § 15	74
II) Die Umgehungshandlung des § 38 Abs.1 Nr.12	74
1) Kein Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes	74
2) Die Umgehungshandlung als Mittel der Umgehung	75
a) Worin ist Umgehungshandlung zu sehen?	76
b) Umgehungstäter ist der Empfehlende	77
c) Einheitlichkeit des Begriffs der Umgehungshdlg.	77
d) Die Umgehungshandlung, als objektive Herbeiführung des mißbilligten Zustandes	79
aa) Kein Umgehungsbewußtsein	79
bb) Erkennbarkeit des Empfängerkreises?	79
cc) Keine faktische Bindung	80
(1) Der Wettbewerbsbegriff	81
(2) Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung	82
(3) Die Theorie der faktischen Bindung	85
dd) Die Kausalität der Empfehlung	87
III) Der Umgebungserfolg des § 38 Abs.1 Nr.11	89
1) Der Begriff des gleichförmigen Verhaltens	89
a) Kriterien des gleichförmigen Verhaltens	89
b) Mögliche Ursachen	91
2) Die Umgehungsfähigkeit des § 15 durch gleichförmiges Verhalten	91
IV) Der subj. Tatbestand des § 38 Abs.1 Nr.11	93
1) Der Empfehlungsvorsatz	93
2) Der Umgehungsvorsatz	93

<u>3.Kap. Der Mitwirkungstatbestand des § 38 Abs.1.Nr.10</u>	95
I) Die Mitwirkungshandlung	95
II) Die ordnungswidrige Haupttat	96
1) Die Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs.1 Nr.1,	97
a) Horizontal, § 38 Abs.1 Nr.1 iVm. § 1	97
b) Vertikal, § 38 Abs.1 Nr.1 iVm. § 15	98
2) Die Ordnungswidrigkeit nach § 38 I Nr.8 iVm 25 I	99
a) Der Begriff des "Aufeinander Abstimmens"	99
aa) Abgrenzung	99
bb) Das Kriterium des gemeinsamen Plans	101
cc) Das Zustandekommen der Abstimmung	102
b) Das abgestimmte Verhalten der Händler	103
aa) Horizontal abgestimmtes Verhalten	103
bb) Vertikal abgestimmtes Verhalten	105
c) Rechtsfolgen des abgestimmten Verhaltens	109
III) Der subjektive Tatbestand des § 38 Abs.1.Nr.10	110
<u>4.Kap. Das Druckverbot des § 38 I Nr.8 iVm § 25 II</u>	110
I) Das geschützte Verhalten	110
II) Die unzulässigen Druckmittel	111
1) Die Nachteile	112
2) Die Vorteile	112
3) Das Veranlassen	
III) Der subjektive Tatbestand	114
<u>5.Kap. Konkurrenzen und Zusammenfassung</u>	116
I) Das Umgehungsverbot § 38 I Nr.11	116
II) Das Preisempfehlungsverbot § 38 I Nr.12	116
III) Das Verbot des § 38 I Nr.8 iVm § 25	117
A) Das Druckverbot des § 25 II	118
1) Konkurrenz zu § 38 I Nr.12	118
2) Konkurrenz zu § 38 I Nr.11	118
B) Das Abstimmungsverbot des § 25 I	119
1) Konkurrenz zu § 38 I Nr. 11	119
2) Konkurrenz zu § 38 I Nr. 1	120
3) Konkurrenz zu § 25 II	121
IV) Das Mitwirkungsverbot § 38 I Nr.10	121
1) Konkurrenz zu § 38 I Nr.11 und 12	121
2) Konkurrenz zu § 25 I	121
V) Zusammenfassung	122

2. Abschnitt: Die Ausnahmeregelung des § 38a	124
<u>1.Kap. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen</u>	125
I) Die Markenwareneigenschaft	125
1) Die Markierung	126
a) Herkunftzeichen	126
b) Träger des Herkunftszeichens	128
2) Die Qualitätsgarantie	128
a) Die Rechtsnatur	128
aa) Schuldrechtliche Garantie	129
bb) Tatsächliche Gütekonstanz	131
b) Inhalt der Gewährleistung	133
aa) Sachlicher Inhalt	133
bb) Die Konstanz des Qualitätsniveaus	133
c) Abgrenzung: Markenware- markierte Ware	134
3) Die Reichweite der Freistellung des § 38a	136
a) "Seine" Markenwaren	136
b) Keine gewerblichen Leistungen	137
c) Nicht Miete oder Leasing	138
d) Keine Beschränkung auf Fertigwaren	138
4) Abgrenzung vom Markenartikelbegriff	139
II) Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren	140
1) Sinn und Zweck des Preiswettbewerbs	140
2) Die Zulässigkeit des Preiswettbewerbs	145
a) objektiv gleichartige Ware anderer Anbieter	145
aa) Unmittelbarer Wettbewerb	145
bb) Mittelbarer Wettbewerb	146
cc) Waren "anderer Anbieter"	147
b) Gleichartigkeit vom Verbraucherstandpunkt	148
c) Die Wettbewerbsform des Preiswettbewerbs	149
aa) Abgrenzung von Preis- u. Qualitätswettbewerb	
bb) Nur objektiver Wettbewerbsdruck	152
cc) Abgrenzung von potentielltem Wettbewerb	154
dd) Kein "wesentlicher" Preiswettbewerb	155
d) Einzelfälle	156
3) Rechtsfolge fehlenden Preiswettbewerbs	158
III) Drucklosigkeit und Unverbindlichkeitsvermerk	158
1) Keine Druckausübung	158
2) Der Unverbindlichkeitsvermerk	161
a) Sinn und Zweck des Unverbindlichkeitsvermerks	161
b) Die Abfassung des Unverbindlichkeitsvermerks	161
IV) Erwartung der Marktgerechtigkeit	164
1) Sinn und Zweck der Vorschrift	164
2) Der Anwendungsbereich des § 38a Abs.1 Nr.2	165
3) Indizien für das Vorliegen eines subj.Mondpreises	168
4) Die Bedeutung des Mondpreisproblems	169

V) Das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen	171
<u>2. Kap. Die Mißbrauchsaufsicht gemäß § 38a Abs.3</u>	172
I) Mißbrauch wegen gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigter Überteuuerung (§ 38a Abs.3 Nr.1)	173
1) "In Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen"	174
2) "Eignung" zur Verteuerung	176
3) Die Verteuerung	176
a) Vergleich mit dem niedrigeren, tatsächlichen Verkaufspreis der preisempfohlenen Ware	178
b) Vergleich mit Preisen und Spannen gleichartiger Waren	179
aa) Kriterien der Vergleichbarkeit	180
bb) Das Problem des Verteuerungszuschlags	183
cc) Das Problem außergewöhnlicher Marktsituationen und der Mischkalkulation	189
dd) Das Problem der Kostenrechtfertigung	192
ee) Das Sonderproblem des gespaltenen Vertriebs	194
c) Vergleich mit der durchschnittlichen Betriebs- handelsspanne für den Verkauf anderer Waren	199
aa) Handelsleistungen und Umschlagsgeschwindigkeit	199
bb) Welche Betriebshandelsspanne ist maßgeblich	202
cc) Das Problem der Mischkalkulation	202
d) Überprüfung der Abgabepreise des Empfehlenden	203
aa) Überprüfung der absoluten Höhe	203
bb) Überprüfung der relativen Höhe- interne Spannendiskriminierungen	205
4) Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse	208
II) Mißbrauch durch Verbrauchertäuschung (§ 38a Abs.3 Nr.2)	212
1) Die Täuschung der Verbraucher	213
a) Mitteilung der Preisempfehlung an die Verbraucher	213
b) Täuschung über das Qualitätsniveau	214
c) Täuschung über die Leistungsfähigkeit des Händlers	215
d) Nur "Eignung" zur Täuschung	216
2) Der von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger tatsächlich geforderte Preis	216
a) "Mehrheit" der Empfehlungsempfänger	217
b) Das Ausmaß der Unterbietung	217
III) Mißbrauch durch überhöhte Preisstellung (§ 38a Abs.3 Nr.3)	219
1) Erheblichkeit der Unterbietung	221
2) Die Mehrzahl von Fällen	224

IV) Mißbrauch durch Ausschluß vom Vertrieb	
(§ 38a Abs.3 Nr.4)	228
1) Normzweck und Anwendungsbereich der Nr.4	228
a) Der Grundsatz der freien Wahl der Absatzwege	228
b) Die Ausschlußmittel	230
c) Die Betroffenen	230
d) Schutz des Wettbewerbs als Institution	231
e) Das Verhältnis zu § 18 und § 26 Abs.2	232
f) Das Verhältnis zu § 38a Abs.1 Nr.1	233
2) Sachlich rechtfertigende Gründe	235
a) Rechtfertigungsgründe ohne preispolitischen Bezug	235
b) Preispolitisch motivierte Rechtfertigungsgründe	236
V) Sonstige Mißbrauchsfälle	242
1) Der Mißbrauch durch sonstige Täuschung	243
2) Das mißbräuchliche Verbot des Preisvergleichs	244
<u>4. Abschnitt: Zusammenfassung des gegenwärtigen</u>	
<u>Empfehlungsrechts und Diskussion mög-</u>	
<u>licher Alternativlösungen</u>	246
I) Preisempfehlungen ausschließlich für Markenwaren	247
II) Preisempfehlungen für Nichtmarkenwaren	248
III) Preisempfehlungen für gewerbliche Leistungen	249
IV) Die Effektivität der Mißbrauchsbestimmungen	250
V) Diskussion möglicher Alternativlösungen	252

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
a.E.	= am Ende
Anm.	= Anmerkung
Aufl.	= Auflage
BB	= Der Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	= Bundeskartellamt
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BMWi	= Bundesministerium für Wirtschaft
DB	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
Diss.	= Dissertation
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FIW	= FIW-Schriftenreihe
Fn.	= Fußnote
Frankf.Kom.	= Frankfurter Kommentar
Gem.Kom.	= Gemeinschaftskommentar
GG	= Grundgesetz
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	= Handelsgesetzbuch
IFO-Gutachten	= siehe Literaturverzeichnis: Batzer, E., Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung
JUS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
LG	= Landgericht
1.Sp.	linke Spalte

MA	= Der Markenartikel
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OWiG	= Gesetz gegen Ordnungswidrigkeiten
RabelsZ	= Rabels Zeitschrift
Rn.	= Randnummer
RegEntw.	= Regierungsentwurf
RG	= Reichsgericht
r.Sp.	= rechte Spalte
s.o.	= siehe oben
StGB	= Strafgesetzbuch
Tb.	= Tätigkeitsbericht
Tz.	= Textziffer.
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	= Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungs- sammlung zum Kartellrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Jahr u. Seite)

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

I. A u f s ä t z e

- Ballerstedt, K. JZ 56, 267 ff., Kartellverbot und Einzelvertrag
- Belke, R. ZHR (138) 1974, 227 ff., 291 ff., 413 ff.
- ZHR (139) 1975, 51 ff., 129 ff., Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973
- Benisch, W. DB 57, 789 ff., Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- WuW 59, 3 ff., Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlung
- DB 59, 451 ff., Kartellverbot und konformes Verhalten
- WuW 60, 351 ff., Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.1.60
- DB 60, 1175 ff., Preismitteilungen an Wiederverkäufer
- WuW 67, 131 ff., Mißbrauch angemeldeter vertikaler Preisempfehlungen
- WuW 69, 3 ff., Kartellfreie Kooperation im gemeinsamen Markt
- WuW 74, 801 ff., Marktvergleich zur Feststellung mißbräuchlicher Preise
- GRUR 75, 47 ff., Fragen der Preisempfehlung
- Benkendorff, G. WuW 53, 667 ff., Kartellrecht und Handelsbräuche
- WuW 54, 147 ff., Die Umgehung der Kartellvorschriften
- v. Beringe, DB 60, 288 ff., Zum Begriff des kartellgesetzlichen Empfehlungsverbots
- Böge, U. DB 73, 1733 ff., Die unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren
- Brugger, G. WuW 59, 467 ff., Zur Auslegung des § 1 GWB
- Büttner, S. WuW 71, 690 ff., Kartellvertrag und Kartellverhalten
- Dörinkel, W. WuW 57, 607 ff., Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis
- WuW 59, 81 ff., Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB

- Christl,W. BB 60,297 ff., Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung
- Ehle,D. WuW 63,971 ff., Der Empfehlungstatbestand in § 38 Abs.2 Satz 2 GWB
- WuW 64,310 ff., Der Umgehungstatbestand in § 38 Abs.2 Satz 2 GWB
- WRP 64,6 ff., Empfehlungsverbot und Meinungsfreiheit
- Fikentscher,W. BB 58,201 ff., Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht
- WuW 61,788 ff., Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB
- in "Wettbewerb als Aufgabe", S.259 ff., Preisbindung für Markenartikel im Blickwinkel der Mißbrauchsaufsicht
- Gaedertz,A-C. GRUR 74,603 ff., Mißbrauchsbegriff und § 38a GWB
- Gleiss,A. BB 58,431 ff., Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft
- Gnam,A. NJW 52,133 ff., Die "unverbindliche" Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht
- Gutzler,H. BB 64,109 ff., Preisempfehlungen für Markenwaren
- BB 66,390 ff., Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung
- WRP 73,567 ff., Preisempfehlungen in der Praxis
- Günther,E. GRUR 58,575 ff., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- Hengstenberg,1 WuW 58,439 ff., Verstoßen Bruttopreislisen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ?
- Hesse,H-G. in "Festschrift für Günther Wilde" S.53, Vertikale Preisbindung und Produkthaftung
- Hirsch,M. WRP 74,8 f., Preisempfehlungen in der Praxis
- Hoth,J. WRP 58,289 ff., Inhalt, Sinn und Zweck des § 38 Abs.2 Satz 2 GWB
- Jacobi,D. BB 61,354 ff., Preise, Preisbindung und Bundeskartellamt
- Jacob-Steinorth,K. WRP 62,321 ff., Ist der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren ein Anzeichen für eine gesamtwirtschaftlich gerechtfertigte Preisbindung ?

- Kartte, W. WuW 62, 241 ff., Vertikale Preisempfehlung für Markenartikel und Diskriminierungsverbot
- DB 64, 1579 ff., Verbot der vertikalen Preisempfehlung ?
- Kazmeyer, R. FIW-Schriftenreihe, Heft 66 S. 99 ff., Rechtslage der Verbraucher- und Handelsempfehlungen
- FIW-Schriftenreihe, Heft 71 S. 73 ff., Praxis der vertikalen Preisempfehlungen
- Kazmeyer-Hennig BB 76, 941 ff., Zur Ordnungswidrigkeit von Preisempfehlungen
- Knöpfle, R. BB 71, 1517 ff., Zum Meinungsstreit um den Preiswettbewerb i.S. des § 16 GWB
- NJW 73, 245 f., Anmerkung zum "Original-VW-Ersatzteile"- Beschluß des BGH
- Koenigs, F. DB 57, 765 ff., Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- NJW 61, 1041 ff., Wechselwirkungen zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs
- Kracht, F. BB 58, 461 ff., Preisempfehlungen für nicht-preisgebundene Markenartikel zulässig ?
- Krahe, F. WuW 60, 477 ff., Empfehlungsverbot und Markttransparenz
- Leo, H.-Ch. WuW 59, 485 ff., Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB
- AktG 60, 32 ff., Die Ankündigung von Preisänderungen und die horizontale Preisempfehlung als kartellrechtliches Problem
- Lieberknecht, O. MA 58, 231 ff., Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen ?
- GRUR 60, 355 ff., Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 14.1.60 "Kohlenplatzhandel"
- Loos, G. BB 58, 176 ff., Empfehlung von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- BB 58, 1217 ff., Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkung im Handel
- Lübbert, H.-D. BB 76, 240 ff., Anwendung des Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller
- Lukès, R. JUS 62, 215 ff., Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter Hand und der Preisempfehlung

- Lutz, H. MA 58,3 ff., = NJW 58,128 ff., Dürfen Wiederverkaufspreise durch Einzelunternehmen empfohlen werden ?
- Marcetius, K. WRP 58,228 ff., Die Zulässigkeit der Ankündigung von Verbraucherpreisen durch den Hersteller
- Martino, H-D. MA 73,386 ff., Das neue Recht der Preisempfehlung
- Mayer-Wegelin, H. DB 58,187 ff., Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs.2 GWB
- Meyer-Cording, U. NJW 53,566 ff., Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen
- Niederleithinger, E. NJW 64,1936 ff., Das Umgehungsverbot des § 25 Abs.1 GWB bei vertikalen Preisempfehlungen
- Nipperdey, H-C. DVB1 58,445 ff., Boykott und freie Meinungsäußerung
- Paul, W. DB 58,1149 ff., Die wirtschaftliche Preisbindung = ein Ersatz für die Preisempfehlung ?
- Pickel, W. WuW 70,623 ff., Anmerkung zur Tennisbälle-Entscheidung des BGH
- Pinder, W. WuW 56,706 ff., Das Emofehlungsverbot im Kartellgesetzentwurf
- DB 57,597 ff., Kritik und Vorschlag zum kartellgesetzlichen Empfehlungsverbot
- NJW 58,579 ff., Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden ?
- Rauschenbach, G. NJW 73,1857 ff., Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmer und ihre Berater
- Reimer, D. GRUR 74,568 ff., Lockvogelwerbung und Sonderangebote
- Röper, B. MA 64,709 ff., Darf das BKA die Fabrikabgabepreise preisgebundener Markenartikel prüfen ?
- Sandrock, O. JUS 71,57 ff., Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht
- Sauter, H. BB 73,684 ff., Das Verbot des abgestimmten Verhaltens im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- Schmidt, I. WuW 64,120 ff., Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB
- Schmitz-Hangbers, H. BB 74,346 ff., Verbraucher-, Händler- und Herstellerschutz im Preiswettbewerb, insbesondere bei Lockvogelwerbung

- Schricker, G. RabelsZ 36 (1972) S. 315 ff., Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz
- Schütz, J. BB 75,859 ff., Zur Frage der "faktischen" Preisempfehlung für Markenwaren
- Schwartz, G. MA 58,505 ff., Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen
- Seydel, H. WRP 57,254 ff., Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- Stark, F. BB 61,885 ff., Die kartellrechtliche Beurteilung von Verbandsempfehlungen insbesondere im Kredit- und Versicherungsgewerbe
- Steindorff, G. JZ 59,197 ff., Direktverkauf und Preisempfehlung
- ZHR (137) 1973 S. 203 ff., Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts
- Stickrodt, G. WuW 57,75 ff., Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots
- DB 58,15 ff., Die Tragweite des generellen Kartellverbots
- DB 59,103 ff., Verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Kartellrecht
- Tessin, C. GRUR 74,683 ff., Markenartikelvertrieb nach der zweiten Kartellgesetznovelle
- Völp, F. WRP 58,1 ff., Markenartikel und Kartellrecht
- WRP 58,326 ff., Kartellrechtliche Konsequenzen aus dem BGH-Urteil über Preisempfehlungen
- WRP 60,115 ff., Der Kartellsenat des BGH und seine zweite Entscheidung zum Empfehlungsverbot
- WRP 65,343 ff., Markenartikel und Kartellgesetznovelle
- WRP 73,561 ff., Preisempfehlungen in der Praxis
- Weyhenmeyer, H. "Preisempfehlungen" durch Wirtschaftsverbände, WRP 71,350 ff.
- Würdinger, H. WuW 53,721 ff., Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht
- WuW 58,503 ff., Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft

II. Monographien

- Batzer, E. Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung (zitiert als IFO-Gutachten), Berlin, 1976
- Borchardt, Fikentscher Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- Ehle, D. Umgehung des Kartellverbots aufgrund von Empfehlungen, Diss. Köln 1961
- Emmerich, V. Wettbewerbsrecht, München 1975
- Fikentscher, W. Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (zitiert: Fikentscher, Wb) München-Berlin 1958
- Die vertikale Preisempfehlung (zitiert: Fikentscher, PE) München-Berlin 1960
- Giefers, H-W. Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht, Köln-Berlin 1960
- Huber, E-R. Das Empfehlungsverbot, eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959
- Karste, W. Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969
- Kruihof, Robert De verticale prijsbinding van merk - artikelen (Eine rechtsvergleichende Studie), Brüssel 1973
- Larenz, K. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975
- Maunz, Th. Deutsches Staatsrecht 19. Aufl. München 1973
- Mellerowicz, K. Die Handelsspanne bei freien, gebundenen und empfohlenen Preisen, Freiburg 1961
- Markenartikel, 2. Aufl. München-Berlin 1963
- Mestmäcker, E-J. Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974
- Röper, B. Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Untersuchungen über Preisbildungs- und Preisbindungsvorgänge in der Wirklichkeit, Tübingen 1955
- Rüdell, A. Zulässigkeit horizontaler Empfehlungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 67, Köln-Berlin-Bonn-München 1974
- Stark, J. Vertikale Preisempfehlungen im Wettbewerb, Eine Untersuchung mit Lösungsvorschlägen, Düsseldorf 1966
- Ulmer, Reimer Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd. 3 München-Köln 1968
- Ulmer, P. Der Vertragshändler, München 1969

III. Kommentare

Baumbach-Duden	HGB, 21. Aufl., München 1974
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht 8. Aufl., München-Berlin 1960 (zitiert unter Hinweis auf die 8. Auflage)
- " -	11. Aufl., Band I, Wettbewerbsrecht, München 1974
Dreher	StGB, 35. Aufl., München 1975
Frankfurter Kommentar	Kaufmann-Rautmann-Stickrodt, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1958-1970
Gemeinschaftskommentar	Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht 1. Aufl., Köln-Berlin 1958 (zitiert unter Hinweis auf die 1. Aufl.)
- " -	3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1972 ff.
Langen, E.	Kommentar zum GWB, 4. Aufl. Neuwied-Berlin 1967
Müller-Gries-Giessler	Kommentar zum GWB, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1970
Palandt	BGB, 34. Aufl., München 1974
Schmidt-Bleibtreu-Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage, Neuwied-Berlin 1973
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
Staudinger	Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Berlin-New York 1954 ff.

IV. S o n s t i g e L i t e r a t u r

- Regierungsentwurf zum Erlaß des GWB, 2.WP, Drucks.1158
- Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB, BT-Drucks. IV/617
- Regierungsentwurf zur Änderung des GWB, BT-Drucks. IV/2564
- Regierungsentwurf zur Änderung des GWB, BT-Drucks. VI/2520
- Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 7/765, ebenfalls abgedruckt in WuW 73,581 ff.
- Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit den Vorschriften über die Unverbindliche Preisempfehlung, BT-Drucks. 8/703
- Jahresberichte des BKartA über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet.
- Bekanntmachung des BKartA Nr. 45/60 vom 20.4.60, WuW 60,435
- Leitbrief des Präsidenten des BKartA vom 29.6.60, WuW/E 209
- Merkblatt des BKartA über die Verwendung von Unverbindlichen Preisempfehlungen, abgedruckt in: FIW-Schriftenreihe Heft 66 S.116 und Heft 71 S.123
- Stellungnahme des BKartA zur Verwendung von Verrechnungspreisen oder sonstwie bezeichneten Brutto-preisen, WRP 75,351

E I N L E I T U N G

Das Institut der vertikalen Preisempfehlung ist gegenwärtig äußerst umstritten. Wie selten in der kartellrechtlichen Diskussion gehen die Meinungen von totaler Ablehnung bis zu weitgehender Befürwortung auseinander. Ein Grund für dieses außergewöhnlich starke Auseinanderklaffen der Meinungen ist sicherlich darin zu sehen, daß die absatzwirtschaftlichen Wirkungen der vertikalen Preisempfehlung sehr unterschiedlich sein können, wobei nicht nur die verschiedenen Empfehlungsformen (Warenaufdruck, Werbemittel, Bruttopreislisen, Verbraucherprospekte, Verkaufskataloge etc.), sondern insbesondere auch die Art der Ware, die für diese Art von Waren bestehende Reaktionsbereitschaft der Verbraucher ebenso wie die jeweiligen Verhältnisse in den einzelnen Branchen entscheidend die Wirkungen der vertikalen Preisempfehlung beeinflussen können¹⁾. Da sich der Wirkungsbeitrag der vertikalen Preisempfehlung nur sehr schwer isoliert feststellen läßt, - was für ein rationales Abwägen der wirtschaftspolitischen Vor- und Nachteile jedoch unabdingbare Voraussetzung ist - war der Gesetzgeber gut beraten, als er in der Kartellgesetznovelle von 1973 die vertikale „Preisempfehlung nicht generell untersagte, sondern das Empfehlungsrecht zunächst neu regelte und die Bundesregierung sodann aufforderte, nach Ablauf von 3 Jahren einen Bericht über ihre Erfahrungen mit den neugefaßten Vorschriften über unverbindliche Preisempfehlungen vorzulegen²⁾. Dieser Bericht der Bundesregierung³⁾, der sich auf die Erfahrungen des Bundeskartellamts, auf ein Gutachten des Instituts für Wirtschaftsforschung (IFO)⁴⁾ und auf schriftliche und mündliche

1) vgl. Tb. BKartA 1976, BT-Drucks. 8/704 S. IV r.

2) BT-Drucks. 7/778 Anlage 1;

3) BT-Drucks. 8/703;

4) IFO-Gutachten: Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung, Batzer/ Greipl/ Singer;

Stellungnahmen der betroffenen Interessenverbände stützt⁵⁾, liegt nun vor. Die Bundesregierung kommt darin zu dem Ergebnis, daß sich die geltende gesetzliche Regelung durchaus bewährt habe. Aus diesem Grunde hat sie davon abgesehen, dem Gesetzgeber eine grundsätzliche Änderung des geltenden Rechts vorzuschlagen⁶⁾. Das letzte Wort über den Fortbestand der vertikalen Preisempfehlung hat aber nun der Gesetzgeber zu sprechen. Seine Aufgabe ist es, aus der Summe der Erfahrungen diejenigen wirtschaftspolitischen Wertungen und Entscheidungen zu treffen, die seinen politischen Zielvorstellungen entsprechen. Neben der Analyse der wirtschaftlichen Wirkungszusammenhänge und der Verwertung der Erfahrungen aus der Wirtschaftspraxis gehört zu einer rationalen Entscheidungsfindung aber auch, die geltenden gesetzlichen Vorschriften systematisch zu durchleuchten und daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie dem erklärten Willen des Gesetzgebers Rechnung tragen, bzw. aufzuzeigen, durch welche gesetzliche Änderungen diesen Zielen bessere Durchsetzung verschafft werden könnte. Die vorliegende Arbeit soll hierzu einen Beitrag leisten.

In dem ersten Abschnitt dieser Arbeit wird als Einstieg in die Problematik der vertikalen Preisempfehlung ein kurzer Abriß der historischen Entwicklung gegeben. Im zweiten Abschnitt werden die verschiedenen, die Preisempfehlung betreffenden Verbotsvorschriften in ihrem systematischen Zusammenhang dargelegt. Ein besonderes Augenmerk wird hierbei auf den Begriff der Preisempfehlung und auf die Abgrenzung der Preisempfehlung von anderen Preismitteilungen gelegt. Der dritte Abschnitt behandelt einerseits die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Praktizierung der legalen "Unverbindlichen Preisempfehlung" und andererseits die Voraussetzungen des staatlichen Einschreitens gegen mißbräuchlich gehandhabte Preisempfehlungen.

5) 4. Abschnitt des Berichts der Bundesregierung, BT-Drucks. 8/703 S. 10 ff.;

6) BT-Drucks. 8/703 S. 18 r.;

In einem vierten Abschnitt werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefaßt und mögliche Alternativen zur gegenwärtigen Preisempfehlungsregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den erklärten Zielvorstellungen des Gesetzgebers untersucht, wobei insbesondere auch auf die Praktikabilität dieser Alternativlösungen einzugehen sein wird. Es soll jedoch lediglich versucht werden, einige wirtschafts- und rechtspolitische Konsequenzen dieser Lösungsvorschläge darzustellen, da sich die Arbeit nach Möglichkeit politischer Wertungen enthalten möchte.

1. Abschnitt: Die historische Entwicklung

Das Empfehlungsverbot steht, wie jedes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerichtete Verbot, vor einer doppelten Gefahr. Wird der Verbotstatbestand zu eng gefaßt, so wird dadurch Umgehungen Tür und Tor geöffnet. Gibt hingegen der Gesetzgeber, um dieser Gefahr zu begegnen, dem Verbot eine so weite Fassung, daß es alle denkbaren Umgehungstatbestände mit umgreift, so entsteht eine Verbotsnorm von uferloser Weite, die nicht nur mit den Prinzipien des Rechtsstaats, sondern auch mit der Rechtsvernunft unvereinbar ist¹⁾. Ein zu solcher Weite ausgedehntes Verbot trifft dann zwangsläufig auch eine Vielzahl von Verhaltenweisen, die dem wirtschaftlichen Wettbewerb nicht entgegengesetzt sind, sondern im wirtschaftlichen Verkehr eher nützlich, wenn nicht sogar unentbehrlich sind. Die Problematik einer jeden gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerichteten Verbotsnorm besteht nun - wie Huber es ausdrückt¹⁾ - darin, daß es schwer gelingen will, ihr einen solchen Umfang zu geben, daß sie weder der ständigen Umgehung ausgesetzt ist, noch sich durch Uferlosigkeit selbst widerlegt. Dieses Dilemma ist auch im Laufe der bewegten Entstehungsgeschichte des Empfehlungsverbots recht deutlich hervorgetreten. Da in letzter Zeit, in zunehmendem Maße ein generelles Verbot der vertikalen Preisempfehlung gefordert wird, scheint eine wissenschaftliche Untersuchung der Reichweite der heute geltenden Empfehlungsregelung und der möglichen Alternativen angebracht. Als Zusammenfassung der bisher gemachten Lösungsversuche und als Einführung in den Problemkreis soll zunächst ein kurzer historischer Überblick gegeben werden, bei dem auch die parallel laufende Regelung der vertikalen Preisbindung zu beachten sein wird.

1) Huber, Das Empfehlungsverbot, S. 11

- 1) Vor Inkrafttreten des GWB wurden vertikale Preisempfehlungen entweder gesetzlich gar nicht besonders erwähnt (wie in der Kartell-VO vom 2. Nov. 1923 ²⁾) oder sie waren zulässig oder zumindest durch Anmeldung oder Genehmigung oder durch bestimmtes tatsächliches Verhalten des Empfehlenden legalisierbar (wie in den späteren reichsrechtlichen Verordnungen ³⁾).

Unter der Geltung der Dekartellierungsgesetze von 1947 ⁴⁾, die sich deutlich an das scharfe amerikanische Antitrustrecht anlehnten ⁵⁾, waren zwar horizontale Preis- und Konditionsempfehlungen und insbesondere die Verbandsempfehlungen verboten, soweit sie mehrere Unternehmen zu einem gleichförmigen Verhalten zu bestimmen suchten ⁶⁾. Vertikale Empfehlungen, die von einem Einzelunternehmen ausgingen, wurden jedoch grundsätzlich als zulässig betrachtet. ⁷⁾

- 2) An diesen Rechtszustand wollte der Regierungsentwurf zum Erlaß eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anknüpfen ⁸⁾. Er richtete sich ausschließlich gegen bestimmte horizontale Kartell- und Verbandsempfehlungen ⁹⁾, während er vertikale Empfehlungen von Einzelunternehmen unbeanstandet ließ ¹⁰⁾, da er davon ausging, daß rechtlich unverbindliche Empfehlungen einzelner Unternehmer - im Gegensatz zu Kartellempfehlungen - in der Regel ohne nennenswerte wettbewerbsbeeinflussende Wirkungen bleiben ¹¹⁾.

Hinsichtlich der vertikalen Preisbindung für Markenwaren sah der Regierungsentwurf eine Ausnahmenvorschrift vom grundsätzlichen Preisbindungsverbot vor, ohne daß es einer Anmeldung beim Bundeskartellamt bedurft hätte ¹²⁾.

2) RGBl. S. 1067;

3) detaillierte Darstellung bei Huber, aaO S. 13; Müller-Gries-Giessler § 38 Rn. 25; Frankf. Kom. § 38 Rn. 8;

4) Nachweise bei Huber, aaO. S. 14 Fn. 4;

5) Meyer-Cording, NJW 53, 567; Gnam, NJW 52, 133;

6) Huber, aaO. S. 14; Benkendorff, WuW 53, 667;

7) Frankf. Kom. § 38 Tz. 9; Huber, aaO. S. 15;

8) Deutscher Bundestag, - 2. Wahlperiode 1953- Drucks. 1158, S. 10; abgedruckt bei Huber, aaO. S. 15;

9) Huber, aaO. S. 15;

10) Lieberknecht, MA 58, 236;

11) zitiert bei Huber, aaO. S. 16;

12) Giefers, Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht S. 104;.

- 3) Hinsichtlich der Regelung der vertikalen Preisbindung wollte der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestags zunächst das grundsätzliche Preisbindungsverbot auch auf Markenwaren ausdehnen, beschränkte sich jedoch später darauf, die Zulässigkeit von Preisbindungen für Markenwaren von einer Anmeldung beim Bundeskartellamt abhängig zu machen. Auf diese Weise sollte eine Offenlegung der für eine Mißbrauchskontrolle relevanten Preisbildungselemente erreicht werden.¹³⁾

Auch das Empfehlungsverbot des Regierungsentwurfs, das nur bestimmte Kartell- und Verbandsempfehlungen erfaßte, erschien dem wirtschaftspolitischen Ausschuß als zu eng, weil es sich nur auf gesetzliche Vertreter, Geschäftsführer und sonstige Beauftragte eines Kartells oder Verbandes erstreckte und durch die gegenständliche Begrenzung auch einen Teil, für den Wettbewerb durchaus gefährlicher Empfehlungen, aus dem Verbot ausklammerte¹⁴⁾. Der wirtschaftspolitische Ausschuß wollte deshalb das Empfehlungsverbot genereller fassen und die wenig begründete Beschränkung des Verbots nach Personenkreis und Gegenstand der Empfehlung fallen lassen. Nach insgesamt acht, zum Teil recht unterschiedlichen Formulierungsvorschlägen¹⁵⁾ verabschiedete der Ausschuß schließlich eine Fassung, wonach Empfehlungen generell untersagt wurden, die sich auf ein Verhalten bezogen, das "nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf"¹⁶⁾. Obwohl diese Fassung ihrem objektiven Wortlauf nach nunmehr auch vertikale Preisempfehlungen erfaßte, ging der wirtschaftspolitische Ausschuß davon aus, daß jedenfalls vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren nicht erfaßt sein sollten¹⁷⁾. Eine ausdrückliche Ausnahmenvorschrift für Markenwaren enthielt der Entwurf jedoch nicht.

13) Giefers, Vertikale Preisempfehlungen, S. 104

14) Mayer-Wegelin, Gem.Kom., § 38 Rn. 21; Benisch, WuW 59, 11;

15) Rüdell, aaO. S. 4; Frankf. Kom. § 38 Tz 10

16) zitiert bei Huber S. 17

17) Vgl. Kurzprotokoll der 168 a. Sitzung vom 8.3.57, S. 7; und der 169. Sitzung vom 9.3.1957, S. 6, 7; Benisch, WuW 59, 11; Frankf. Kom. § 38 Tz 10;

- 4) Im Plenum des Bundestages (3.7.1957) stieß dieses generelle Empfehlungsverbot ebenso wie in der Öffentlichkeit ¹⁸⁾ auf starke Kritik, weil man fand, daß diese Vorschrift nicht ausreichend klarstelle, im Hinblick auf welchen unerwünschten Erfolg die Empfehlung untersagt werden solle ¹⁹⁾. Das Empfehlungsverbot, in der Fassung, die ihm der wirtschaftspolitische Ausschuß gegeben hatte, gehe zu weit, weil es auch volkswirtschaftlich durchaus vernünftige und von der Wirtschaft seit Jahrzehnten praktizierte Empfehlungen erfasse ²⁰⁾. Der Bundestag strich daraufhin den § 24 des Gesetzentwurfs völlig und beschloß stattdessen unter Zeitdruck ²¹⁾ einen neuen Absatz 1 a zu § 31 des Entwurfs, dem späteren § 38 Abs. 2 GWB, der inhaltlich den heutigen §§ 38 Abs. 1 Nr. 10 und 11 GWB entspricht. Diese Bestimmung lautete:

(Satz 1) " Eine Ordnungswidrigkeit begeht ferner, wer vorsätzlich durch Empfehlungen daran mitwirkt, daß die in Abs. 1 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen werden. "

(Satz 2) "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben, macht sich ebenfalls einer Ordnungswidrigkeit schuldig. "

Satz 3 betraf Mittelstandsempfehlungen.

Der Gesetzgeber wollte durch das Tatbestandsmerkmal der durch gleichförmiges Verhalten bewirkten Empfehlung eine "übermäßige Ausdehnung des Empfehlungsbegriffs, zu der die Ausschußfassung des § 24 geführt haben würde " beseitigen ²²⁾, indem er nicht schon das bloße Aussprechen von Empfehlungen, sondern erst die erfolgreichen Empfehlungen, die bereits zu einer Gesetzesumgehung geführt haben, als ordnungswidrig deklarierte.

18) insbesondere Pinder, DB 57,597; ders. WuW 56,706;

19) Abg. Hellwig, BT-Drucks.- 2.Wahlperiode 1953-S.13156; Müller-Gries-Giessler § 38 Rn. 31;

20) vgl. Hengstenberg, WuW 58, 455 und Benisch, DB 60,1178, die beide darauf hinweisen, daß unverbindliche Preisempfehlungen bzw. Bruttopreislisten bisher in der Wirtschaft üblich, zulässig und wirtschaftspol. unbeanstandet waren.

21) Hoth, WRP 58,299 ("Stempel der Zeitnot"); Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 105 ("In letzter Stunde");

22) Huber, aaO. S.18; Lieberknecht, MA 58,240; Lutz, MA 58,4;

Tatsächlich hat aber diese derart improvisierte Neufassung Verschärfungen gebracht ²³⁾; zumindest hat sie nicht zu der erwünschten Einschränkung geführt.

Dafür gibt es mehrere Gründe:

- a) Zum einen hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Begriff der Empfehlung klar von anderen, weiterhin zulässigen Verlaubarungen abzugrenzen.
- b) Zum anderen ist durch die systemwidrige ²⁴⁾ und zusammengefaßte Behandlung des Empfehlungsverbots im Ordnungswidrigkeitenteil die naheliegende Differenzierung zwischen horizontalen und vertikalen Empfehlungen nicht vorgenommen worden. Weder in der Beratung noch im Gesetzestext ist deutlich ausgesprochen worden, daß neben den horizontalen Empfehlungen, auf deren Verbot die Entwürfe von Anfang an abstellten, nunmehr auch vertikale Empfehlungen erfaßt werden sollten ²⁵⁾. So konnte es kommen, daß der Gesetzgeber es übersehen hat, daß das Gesetz seinem objektiven Wortlaut nach, zwar vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren untersagte, während das gleichzeitig beschlossene Verbot der vertikalen Preisbindung für Markenwaren eine Ausnahmeregelung vorsah ²⁶⁾. Aus all diesen Gründen konnte es nicht ausbleiben, daß das Empfehlungsverbot schon bald nach Inkrafttreten des GWB als eine der umstrittensten und reformbedürftigsten Normen des GWB angesehen wurde ²⁷⁾.

23) Frankf. Kom. § 38 Tz 10, S. 9; Rüdell, aaO. S. 5; Langen, Kom. § 38 Rn. 8 S. 14

24) Huber, Empfehlungsverbot S. 19; Giefers, Vert.Preisempfehlung, S. 65; BGH WuW 58,784;

25) Benisch DB 60,1178 und GRUR 75,48 1.Sp. " Der Gesetzgeber hatte an die horizontalen Verbandsempfehlungen gedacht". vgl. auch Fikentscher, Preisempfehlung, S. 65; Ehle WuW 64,310

26) BGH WuW 58, 790: "Von vertikalen Preisempfehlungen bei Markenwaren ist bei der Beratung nicht die Rede gewesen." a.A.: Giefers, aaO. 106, aber wenig überzeugend, da der Gesetzgeber, der offensichtlich die Anwendbarkeit des Empfehlungsverbots auf vertikale Preisempfehlungen nicht erkannt hatte, keine Veranlassung hatte, für Markenwaren eine Ausnahmeregelung vorzusehen.

27) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn. 32; Huber aaO. S. 18 Benisch DB 60,1179; Ehle WuW 63,971

- 5) Im Urteil vom 8.10.58 ("4711") ²⁸⁾ hat der BGH das grundsätzliche Empfehlungsverbot, das nach seinem objektiven Wortlaut auch für vertikale Preisempfehlungen galt, durch "rechtsschöpfende Auslegung" ²⁹⁾ etwas gelockert, indem er in Analogie zur Preisbindung für Markenwaren auch für Preisempfehlungen für Markenwaren eine Legalisierungsmöglichkeit durch Anmeldung beim Bundeskartellamt eröffnete ³⁰⁾. Nach anfänglichem Zögern ³¹⁾ hat sich das Bundeskartellamt in der Folgezeit dieser Rechtsauffassung angeschlossen und das Verfahren zur Anmeldung vertikaler Preisempfehlungen durch Bekanntmachung geregelt ³²⁾. Den Markenartikelherstellern war somit eine sichere Möglichkeit gegeben, sich durch Anmeldung der Preisempfehlungen beim Bundeskartellamt vor rechtlichen Angriffen zu schützen ³³⁾.
- 6) Für markenlose Waren und gewerbliche Leistungen hat der BGH eine entsprechende Legalisierungsmöglichkeit nicht eröffnet ³⁴⁾. Deshalb wurde in der Folgezeit immer wieder gefordert, das Empfehlungsverbot über den Rahmen der Markenwaren und Verlagserzeugnisse hinaus auch für Nichtmarkenwaren und gewerbliche Leistungen aufzuheben ³⁵⁾. Die Bundesregierung hat in ihrem Bericht über Änderungen des GWB vom 22.8.62 ³⁶⁾ zu diesen Fragen Stellung genommen. Sie hat in diesem Bericht über ihre in der Zwischenzeit mit Preisbindungen und Preisempfehlungen gemachten Erfahrungen berichtet und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Ausnahmeregelung für vertikale Preisbindungen von
-
- 28) WuW/E BGH 252 = WuW 58,783 = BGHZ 28/208 = NJW 58,1868 = DB 58,1210 = BB 58,1035 = GRUR 58,621 = WRP 58,34;
29) Karte DB 64,1581 r.Sp.
30) Diese Korrektur des gerade erst ein Jahr alten Gesetzes durch den BGH hat jedoch durchaus auch Widerspruch hervorgerufen. So zB. von Benisch, WuW 59,6; Steindorff, JZ 59,197; Fikentscher, Preisempfehlung S.83; Giefers, Preisempfehlung S.101; Lukes JUS 62,217; Baumbach-Hefermehl § 38 Rn.29;
31) Huber, aaO. S. 18; BKartA Tb 58 S.54 ff; BKartA Tb 59 S.39 f; BKartA Tb 60 S.43 f; Schwartz Gem.Kom. § 16 Rn. 56
32) Bekanntmachung Nr. 45/60 vom 20.4.60 WuW 60,435; Leitbrief vom 29.6.60, WuW/E BKA 209;
33) Benisch DB 60,1177
34) WuW/E BGH 259 = WuW 58,791; Benisch WuW 59,11;
35) zB. Benisch DB 60,1175 und 1179;
36) BT - Drucksache IV 617;

Markenwaren, wegen der überwiegend negativen Auswirkungen auf die Preisbildung im Handel aufgehoben werden sollte³⁷⁾. Statt dessen sollte, aufgrund der besseren Erfahrungen, die man mit vertikalen Preisempfehlungen gemacht hatte, zumindest für eine Übergangszeit, die Aufhebung des Verbots vertikaler Preisempfehlungen nicht auf Markenwaren und Verlagserzeugnisse beschränkt, sondern auch auf markenlose Waren ausgedehnt werden³⁸⁾. "Die Preisempfehlung sollte die Preisbindung ersetzen, um einen Preiswettbewerb in den Handelsstufen zu ermöglichen und damit die aufgetretenen Mißstände zu beseitigen." Durch die Freistellung der markenlosen Waren vom Preisempfehlungsverbot sollten auch die in vielen Branchen üblichen Bruttopreislisten endlich legalisiert werden³⁹⁾. Diese Vorschläge haben jedoch in der 1. GWB-Novelle von 1965 keinen Niederschlag gefunden⁴⁰⁾.

- 7) Erst in der 2. GWB-Novelle von 1973 wurde die vertikale Preisbindung für Markenwaren abgeschafft. Aber auch der Fortbestand der vertikalen Preisempfehlung für Markenwaren schien nur noch an einem seidenen Faden zu hängen⁴¹⁾. Von einer Legalisierung der Preisempfehlung für markenlose Waren war keine Rede mehr. Schließlich begnügte sich der Gesetzgeber jedoch damit, den bisherigen vom BGH geschaffenen Rechtszustand nunmehr in das Gesetz einzuarbeiten, die Zulässigkeitsvoraussetzungen einzuengen und die Mißbrauchsaufsicht zu verschärfen⁴²⁾.
- 8) In der nunmehr bevorstehenden 4. GWB-Novelle wird voraussichtlich die Entscheidung fallen, ob das grundsätzliche Preisempfehlungsverbot auch auf Preisempfehlungen für Markenwaren ausgedehnt werden wird. Dem Gesetzgeber kommt dabei keine leichte Aufgabe zu, da die Meinungen der beteiligten Wirtschaftsverbände sehr kontrovers sind und von einer Beibehaltung bis zu einem generellen Verbot der vertikalen Preisempfehlung fast jede Meinung vertreten wird.

37) BT - Drucksache IV 617, S.24 ff;

38) BT - Drucksache IV 617, S.39 r.Sp.

39) BT - Drucksache IV 617, S.40 l.Sp.

40) Langen § 38, Rn.8 S.14;

41) Benisch GRUR 75, 47;

42) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, WuW 73,581 (594)

Angeichts der komplexen Zusammenhänge wird sich der Gesetzgeber gründlich auf die Ziele des GWB besinnen und sorgfältig untersuchen müssen,

(1) ob ein generelles Verbot der vertikalen Preisempfehlung tatsächlich geeignet ist, die Ziele des GWB zu fördern,

(2) ob ein solches Verbot tatsächlich erforderlich ist, oder ob andere Alternativen vorhanden sind und schließlich,

(3) ob ein generelles Verbot verhältnismäßig wäre, das heißt, ob es nicht andererseits zu stark berechnigte Belange der Wirtschaft treffen würde.

Hierbei ist in besonderem Maße das eingangs ⁴⁴⁾ genannte Problem ins Auge zu fassen, daß der Gesetzgeber einerseits gehalten ist, die Regelung so weit zu fassen, daß Umgehungen weitestgehend ausgeschlossen werden, daß er sich aber andererseits auch davor hüten sollte, ein Verbot - auch nicht aus abstrakter Prinzipientreue - soweit auszudehnen, daß es vernünftige unternehmerische Aktivitäten und damit den Wettbewerb selbst behindert. Insbesondere ist zu bedenken, daß es - wie die bewegte Vorgeschichte des Empfehlungsverbots gezeigt hat - der Rechtssicherheit äußerst abträglich sein kann, wenn der Gesetzgeber ein Verbot voreilig so weit faßt, daß es die Judikative aus übergeordneten Gesichtspunkten wieder korrigieren muß.

Sollte sich der Gesetzgeber nach reiflicher Überlegung zu einem generellen Verbot vertikaler Preisempfehlungen entschließen, so sollte er es als eine seiner Hauptaufgaben ansehen, klar abzugrenzen, welche Verlautbarungen als Empfehlungen im Sinne des Gesetzes unter das Empfehlungsverbot fallen und welche als kartellrechtlich unbedenklich weiterhin zulässig bleiben sollten.

Um den dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum besser beurteilen zu können, soll im folgenden die Reichweite der bestehenden gesetzlichen Regelung untersucht werden.

44) Siehe oben, S. D 1 der Diss.

2. Abschnitt: Die grundsätzliche Ordnungswidrigkeit der
vertikalen Preisempfehlungen

1. Kap. Das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.12 GWB⁴⁵⁾

§ 38 Abs.1 Nr.12 wurde in der 2. GWB-Novelle (1973) neu in das Gesetz eingefügt. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers⁴⁶⁾ sollte dadurch das Empfehlungsverbot erweitert und verschärft werden, da nunmehr bereits dann eine Ordnungswidrigkeit gegeben ist, wenn vertikale Preisempfehlungen ausgesprochen, und nicht erst, wenn sie gleichförmig befolgt werden (§ 38 Abs.1 Nr.11). Der Gesetzgeber wollte offenbar sicher gehen, daß auch diejenigen Preisempfehlungen erfaßt werden, die entweder gar nicht befolgt werden, oder bei denen die Kartellbehörde Schwierigkeiten im Nachweis der gleichförmigen Befolgung haben könnte⁴⁷⁾.

§ 38 Abs.1 Nr.12 lautet:

Ordnungswidrig handelt, wer "Abnehmern seiner Waren empfiehlt, bei der Weiterveräußerung an Dritte bestimmte Preise zu fordern oder anzubieten oder bestimmte Arten der Preisfestsetzung anzuwenden."

Damit bezieht sich § 38 Abs.1 Nr.12 einerseits ausschließlich auf "vertikale" und andererseits nur auf "Preis-" empfehlungen an Wiederverkäufer. Wie bisher bleibt allerdings der Empfehlungsbegriff gesetzlich nicht geregelt. Er muß daher von Rechtsprechung und Lehre entwickelt werden.

I) Der kartellrechtliche Empfehlungsbegriff

Nach anfänglichen Unsicherheiten⁴⁸⁾ bei der Auslegung des Empfehlungsbegriffs hat insbesondere die Grundsatzentscheidung des BGH (Beschuß vom 14.1.60 "Kohlenplatzhandel")⁴⁹⁾ wesentlich zur Klärung dieses Begriffes beigetragen, wenngleich auch heute noch beachtliche Unklarheiten hinsichtlich der praktischen Reichweite des Empfehlungsbegriffes bestehen. Der dort entwickelte

⁴⁵⁾ §§ ohne Angabe des Gesetzes sind solche des GWB

⁴⁶⁾ Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses WuW 73,596

⁴⁷⁾ Benisch, GRUR 75,47;

⁴⁸⁾ Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn.22, S.31;

⁴⁹⁾ WuW/E BGH 369 = WuW 60,347 = BGH/St 14,55 = BGHZ 32,123
= NJW 60,723 = DB 60,288 = BB 60,267 = GRUR 60,112;

Empfehlungsbegriff wurde in der Folgezeit vom BGH in der Entscheidung vom 6.6.63 ("Osco-Parat") ⁵⁰⁾ bestätigt. Er ist für horizontale und vertikale Empfehlungen gleichermaßen anwendbar.⁵¹⁾ Der Empfehlungsbegriff im Sinne der Grundtatbestände der §§ 38 Abs.1 Nr.11,12 weist danach folgende Elemente auf:

(1) Die Empfehlung ist eine e i n s e i t i g e Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet.

(2) Ihr wohnt das B e s t r e b e n inne, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen.

(3) Die Empfehlung ist ihrem Wesen nach rechtlich u n v e r b i n d l i c h . Sie läßt dem Empfehlungsempfänger letztlich die Freiheit der Entscheidung. Er kann sich für oder gegen die Empfehlung entscheiden; er kann sie befolgen oder unbeachtet lassen.

(4) Keine Elemente des Empfehlungsbegriffs sind der Empfehlende, der Empfehlungsadressat und der Empfehlungsgegenstand sowie die Empfehlungswirkung, die Intensität der mit der Empfehlung verbundenen Einflußnahme und die Richtigkeit der Empfehlung ⁵²⁾. Diese Elemente stehen außerhalb des Empfehlungsbegriffs, zu dem sie lediglich in Beziehung treten.

Da der Empfehlungsbegriff für alle Empfehlungstatbestände zentrale Bedeutung hat und davon auszugehen ist, daß der Begriff der Empfehlung im GWB einheitlich verwendet wird⁵³⁾, sollen im folgenden die einzelnen Merkmale des Empfehlungsbegriffs auf ihren Inhalt und ihre Funktion hin genauer untersucht werden.

1) Einseitigkeit der Erklärung:

Die Empfehlung ist ihrem Wesen nach eine einseitige Erklärung. Durch diese Einseitigkeit unterscheidet sie sich von Verträgen und Beschlüssen (a) sowie von Gentlemen's Agreements und abgestimmten Verhaltensweisen (b).

50) WJW/E BGH 536 = WuW 63,820 = NJW 63,2115

51) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.38;

52) WuW/E BGH 370;

53) Giefers, aaO. S.26; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.4;

- a) Verträge und Beschlüsse sind mehrseitige Rechtsgeschäfte, die dadurch zustandekommen, daß zwei oder mehrere Seiten übereinstimmende Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen abgeben ⁵⁴⁾. Demgegenüber sind Empfehlungen einseitige Äußerungen ohne Rechtsbindungswillen ⁵⁵⁾, die gegenüber Adressaten abgegeben werden, die keineswegs der gleichen Ansicht zu sein brauchen und denen die Befolgung der Empfehlung rechtlich völlig freisteht ⁵⁶⁾.
- b) Gentlemen's Agreements und sonstige abgestimmte Verhaltensweisen sind dadurch gekennzeichnet, daß zwei oder mehrere Seiten zu einer vertragsähnlichen Willensübereinstimmung ⁵⁷⁾ gelangen, wobei ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der beteiligten Unternehmen nicht erforderlich ist. ⁵⁸⁾ Andererseits ist aber ein zufälliges oder auch bewußt gleichförmiges Verhalten mehrerer Unternehmen, etwa das bewußte Befolgen einer Empfehlung ohne Willensübereinstimmung mit dem Empfehlenden noch nicht ausreichend. ⁵⁹⁾ Durch das in der Praxis allerdings schwer faßbare ⁶⁰⁾ Kriterium der bewußten und gewollten, gegenseitigen Abstimmung wird die einseitige Empfehlung von dem Abgestimmten Verhalten abgegrenzt.

2) Das Beeinflussungsstreben

- a) Beeinflussungswille oder obj. Willensbeeinflussung ?

(1) Nach der Definition des BGH wohnt der Empfehlung wesentlich das Bestreben des Empfehlenden inne, die Empfehlungsempfänger in bestimmtem Sinne zu beeinflussen ⁶¹⁾. Entscheidend ist also der Beeinflussungswille des Empfehlenden. Durch dieses

54) Langen, Komm. § 38 Rn.10, S.20

55) Huber, aaO. S.52; Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn.22,31; Langen, Kom. § 38 Rn.10, S.20;

56) Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn.22, S.30;

57) Belke, ZHR 139 (1975) S.59; Ehle, Diss. S.89,91;

58) Zum Abstimmungsbegriff im einzelnen siehe unten, S. 80 ff.

59) BKartA. Tb 1961 S.61

60) Rüdell, aaO.S.45 : "Unstritten ist, was eine Abstimmung des Verhaltens ist, wann sie vorliegt".

61) Dies bejahen: Huber, aaO.54; Paul DB 58,1149; Würdinger, WuW 58,508; Fixentscher, PE, S.55 und 61; Lieberknecht, GRUR 60,356 1.Sp.

Kriterium des Beeinflussungswillens wird die Empfehlung von Tatsachenmitteilungen und bloßen Meinungsäußerungen abgegrenzt ⁶²⁾.

(2) Eine andere Meinung wendet sich gegen jedes subjektive Element des Empfehlungsbegriffs und möchte ausschließlich auf die objektive Eignung zur Willensbeeinflussung und auf die Wirkung der jeweiligen Erklärung abstellen ⁶³⁾. Das subjektive Element des Beeinflussungswillens sei bedenklich, weil dadurch im Streitfall Unsicherheit und Beweisschwierigkeiten entstehen könnten. ⁶⁴⁾

(3) Allerdings dürfte es noch bedenklicher sein, aus Beweisgründen - insbesondere im Straf- bzw. Ordnungswidrigkeits-recht - einen Begriff entgegen seinem natürlichen Wortsinn auszulegen. Das Kriterium der "Eignung einer Erklärung zur Beeinflussung der Adressaten" ist einerseits zu weit, so daß auch Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen erfaßt werden, aber andererseits zu eng, da auch ungeeignete, wirkungslose und nicht befolgte Empfehlungen als Empfehlungen angesehen werden müssen. ⁶⁵⁾ Das entscheidende Argument gegen diese Meinung ergibt sich jedoch aus dem Verfassungsrecht. Würde man den Empfehlungsbegriff soweit ausdehnen, daß auch schlichte Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen nur wegen ihrer Eignung zur Beeinflussung der Adressaten vom Empfehlungsbegriff erfaßt würden, so würde eine derartige Auslegung gegen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung verstoßen.

Geschützt ist nach Art. 5 GG nicht nur das Äußern einer Meinung als solcher, sondern auch das geistige Wirken durch diese Meinungsäußerung ⁶⁶⁾. Das BVerfG führt hierzu aus: "Eine Trennung zwischen geschützter

62) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.38;

63) Völp, WRP 58,328; ders. WRP 60,116 1.Sp.; Hoth, WRP 58,293; Gleiss BB 58,431; Giefers, aaO. S.37; Kazmeyer, FiW-Schriften-Reihe Heft 71, Seite 75; BKartA Tb.1975 S.24;

64) Völp, WRP 60,116 r.Sp.; Lieberknecht, GRUR 60,355;

65) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.39; Lieberknecht, GRUR 60,355; Langen, Kom. § 38 Rn.9, S.17;

66) BVerfG/E 7,198, Leitsatz 6; Schmidt- Bleibtreu-Klein Art.5 Rn.3; Krahe, WuW 60,478;

Äußerung und nicht geschützter Wirkung der Äußerung wäre sinnwidrig." Von dem Schutz des Grundrechts werden einerseits wertende Stellungnahmeⁿ des Redenden, durch die er auf andere einwirken will ⁶⁷⁾erfaßt, andererseits aber auch diejenigen Meinungsäußerungen, die in Form von tatsächlichen Mitteilungen gekleidet werden.⁶⁸⁾

Die Freiheit der Meinungsäußerung wird aber von Art. 5 GG nicht uneingeschränkt garantiert. Sie findet ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen (Abs.2). "Allgemeines Gesetz" in diesem Sinn ist jedoch nicht jedes Gesetz (kein allgemeiner Gesetzesvorbehalt), sondern nur eine derartige Rechtsnorm, die sich nicht gegen die Meinungsäußerung als solche richtet (Sondergesetze⁶⁹⁾), bzw. nur eine solche Norm, die gegenüber dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung ein höherrangiges Rechtsgut schützt (Güterabwägungslehre des BVerfG)⁷⁰⁾. Nach der zuletzt genannten Lehre müßte demnach abgewogen werden, ob der Wettbewerbsfreiheit Vorrang vor dem Recht der freien Meinungsäußerung zuerkannt werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das BVerfG über das Recht der freien Meinungsäußerung gesagt hat, es sei "unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft und damit eines der vornehmsten Rechtsgüter, ... in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt".⁷¹⁾

Nach beiden Meinungen ist jedoch eine Beschränkung durch allgemeines Gesetz nur dann zulässig, wenn die Meinungsäußerung über ihre geistige Wirkung hinaus zu einer weiteren Rechtsgutverletzung führt, die nach den allgemeinen Gesetzen mißbilligt wird⁷²⁾.

67) Schmidt-Bleibtreu-Klein Art.5 Rn.3;

68) Maunz, DStR 19.Aufl. S.126; Huber, aaO. S.24;

69) BGH in WuW/E 372; Nipperdey, DVBl 58/449;

70) BVerfG E 7,209; 28,282; Huber, aaO. S.31;

Benisch, WuW 60,359;

71) BVerfG E 7,208;

72) Nipperdey, DVBl 58, 449; Huber, aaO.33;

Ehle, Diss. S.81;

So liegt es im Fall der echten Preisempfehlung.
§ 38 Abs.1 Nr.12 verbietet nicht die Preisempfehlung als Form der Meinungsäußerung, sondern nur insofern, als sie sich als Versuch ⁷³⁾ darstellt, durch Beeinflussung der Preisbildung auf den folgenden Absatzstufen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Würde man jedoch durch extensive Auslegung des Empfehlungsbegriffes das Verbot des § 38 Abs.1 Nr.12 auch auf die schlichte Meinungsäußerung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die nicht durch dieses Bestreben der Einflußnahme auf die Preisbildung der Mitteilungsempfänger qualifiziert ist, sondern die sich ausschließlich auf ihre geistige Wirkung beschränkt, ausdehnen, so würden diese schlichten Meinungsäußerungen um ihrer selbst verboten. Nach dieser Auslegung wäre § 38 Abs.1 Nr.12 aber dann nicht mehr ein "allgemeines Gesetz" im Sinne von Art.5 Abs.2 GG, sondern ein Gesetz, welches unzulässigerweise bestimmte Arten von Meinungsäußerungen untersagen würde. Zu diesem Ergebnis kommt man sowohl nach der Sondergesetzelehre als nach der Güterabwägungslehre. Da in diesem Fall § 38 Abs.1 Nr.12 nicht als allgemeines Gesetz im Sinne von Art.5 Abs.2 GG angesehen werden könnte, wäre auch die Formvorschrift des Art.19 Abs.1 Satz 2 GG nicht gewahrt ⁷⁵⁾.

Nach dem Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation ist jedoch in Zweifelsfragen derjenigen Gesetzesauslegung der Vorrang zu geben, die mit dem Grundgesetz vereinbar ist ⁷⁶⁾. Aus diesem Grund ist die Meinung, die allein auf die objektiven Wirkungen einer Erklärung abstellen will, abzulehnen und mit dem BGH an dem Erfordernis des Beeinflussungswillens festzuhalten.

73) Belke, ZHR 138 (1974) S.422, "verselbständigter Versuchstatbestand"; S.a. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.2;

74) Huber, aaO. S.35, 37; Lieberknecht, GRUR 60,356; Benisch, WuW 60,360; ders. DB 60,1179;

75) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.19 Rn.8: "Das Zitiergebot des Art.19 Abs.1 S.2 gilt nur für Gesetze, die ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen einschränken will". (BVerfGE 28,36f) Ein Sondergesetz ist jedoch kein allgemeines Gesetz iSv. Art.5 Abs.2 GG.

76) BVerfGE 2,282; Huber, aaO. S.22; Giefers, aaO. S.56; Stickrodt, DB 59,103;

b) Grundsätzliche Abgrenzung der Empfehlung von Tatsachenmitteilung und Meinungsäußerung

Nachdem bereits das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Empfehlungen einerseits und Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen andererseits gefunden ist, sollen diese verschiedenen Äußerungsformen noch kurz im einzelnen gegeneinander abgegrenzt werden. Gemeinsam ist allen drei Äußerungsformen, daß sie jeweils objektive und subjektive Elemente enthalten und daß sie alle geeignet sein können, das Verhalten der Mitteilungsempfänger zu beeinflussen.

(1) Bei der Tatsachenmitteilung (Information) steht das objektive Element deutlich im Vordergrund. Das subjektive Element ist darin zu sehen, daß die Mitteilung aufgrund einer bestimmten Willensrichtung des Mitteilenden geäußert wird, die sich insbesondere in Auswahl und Akzentuierung der Tatsachen ausdrücken kann ⁷⁷⁾. Der Wille des Informierenden erschöpft sich jedoch in der Übermittlung der Information ⁷⁸⁾.

(2) Die Meinungsäußerung ist eine wertende Stellungnahme zu einem bestimmten Sachverhalt, durch die der sich Äußernde in der Regel auf andere wirken will ⁷⁹⁾. Da sie nicht von der Person des sich Äußernden losgelöst werden kann, tritt hier das subjektive Element stärker in den Vordergrund als bei der Tatsachenmitteilung. Der Wille des sich Äußernden beschränkt sich jedoch wie bei der Tatsachenmitteilung auf das bloße Aussprechen der eigenen Meinung. Er vertraut darauf, die Äußerung werde durch sich selbst wirken. In diesem Sinne ist es als reine Meinungsäußerung zu betrachten, wenn jemand neutral und ohne besonderen Beeinflussungswillen erklärt, ein bestimmtes Verhalten sei für den Adressaten richtig, angemessen und nützlich, ⁸⁰⁾ oder wenn er erklärt, wie er sich anstelle des Adressaten verhalten würde ⁸¹⁾.

77) Huber, aaO. S.40

78) Ehle, WuW 63,978

79) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art.5 Rn.3;

80) Giefers, aaO. S.28;

81) Giefers, aaO. S.27;

(3) Eine Empfehlung liegt hingegen vor, wenn zu einer Meinungsäußerung (uU auch zu einer Tatsachenäußerung) der darüberhinausgehende Wille tritt, die Erklärungsempfänger direkt oder durch Ausnützung begünstigender Umstände in dem geäußerten Sinne beeinflussen zu wollen. Dieser, für die Empfehlung entscheidende Beeinflussungswille ist nicht nur dann gegeben, wenn der Empfehlende versucht, die Empfehlungsempfänger durch Drohung mit Nachteilen oder Lockung mit Vorteilen (§ 25 Abs.2) in seinem Sinne zu beeinflussen, sondern auch dann, wenn er sich in sonstiger Weise eindringlich darum bemüht⁸²⁾, den Empfehlungsempfänger von der Richtigkeit des empfohlenen Verhaltens zu überzeugen⁸³⁾. Bei Empfehlungen dominiert also der Beeinflussungswille über den bloßen Mitteilungswillen, während bei Meinungsäußerungen und Tatsachenmitteilungen der Wille des Erklärenden sich auf die Übermittlung der Äußerung beschränkt⁸⁴⁾.

Diese theoretisch klare Abgrenzung zwischen Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen einerseits und Empfehlungen andererseits, muß auch in der Praxis klar gesehen und vollzogen werden, damit das Empfehlungsverbot nicht den Charakter eines Informations- und Meinungsäußerungsverbotes annimmt⁸⁵⁾. Ein wettbewerbliches Informations- und Meinungsäußerungsverbot wäre jedoch - abgesehen von der oben erläuterten Verfassungswidrigkeit - auch wettbewerbspolitisch äußerst bedenklich, da ein hoher Informationsgrad und hohe Markttransparenz ja gerade Voraussetzungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs sind⁸⁶⁾. Oder wie Huber sagt: "Die Wettbewerbsfreiheit beruht auf Informationsfreiheit. Das Recht zu Informationen beschränken hieße Wettbewerbsbeschränkungen einführen, nicht den Wettbewerb gegen Wettbewerbsbeschränkungen sichern. Die Information kann daher keine kartellrechtlich verbotene Empfehlung sein."⁸⁷⁾

82) Lukes, JUS 62,216 r.Sp.

83) Mayer-Wegelin, DB 58,188; Huber, aaO S.41;

84) Ehle, WuW 63,278; Müller-Gries-Giessler §38 Rn45;

85) Huber, aaO S.40; Ehle, WuW 63,278;

86) Krahe, WuW 60,481; Müller-Gries-Giessler §38 Rn43;

87) Huber, aaO S.39;

c) Kundgabe des Beeinflussungswillens

Das subjektive Kriterium des Beeinflussungswillens kann nur festgestellt werden, wenn es in irgendeiner Weise im objektiven Geschehen seinen Niederschlag gefunden hat. Ob eine Erklärung als Empfehlung angesehen werden kann, hängt demnach davon ab, ob der Beeinflussungswille nach außen erkennbar geworden ist, insbesondere ob der Empfehlende diesen Willen in irgendeiner Weise geäußert hat ⁸⁸⁾.

aa) Intensität der Kundgabe des Beeinflussungswillens

Äußerst umstritten ist die Frage, mit welcher Intensität der Beeinflussungswille zum Ausdruck kommen muß, damit der äußere Erklärungstatbestand einer Empfehlung vorliegt.

(1) Eine Meinung geht davon aus, daß eine Empfehlung bereits dann vorliege, wenn der Empfehlende ein bestimmtes Verhalten als richtig, angemessen oder zweckmäßig bezeichne, ohne dabei dem eigenen Wunsch Ausdruck zu verleihen, daß sich der Adressat entsprechend verhalten solle ⁸⁹⁾. Nach den obigen Darlegungen reicht eine derartige Willenshaltung jedoch grundsätzlich noch nicht aus, um den Empfehlungsbegriff zu erfüllen. Es handelt sich hier ^{vielmehr} um eine schlichte, vom Empfehlungsverbot nicht erfaßte Meinungsäußerung ⁹⁰⁾.

(2) Eine zweite Meinung sieht eine Empfehlung dann als gegeben an, wenn der Erklärende dem Erklärungsempfänger offen oder versteckt den Wunsch zu erkennen gibt, der Empfänger möge sich entsprechend der Äußerung verhalten ⁹¹⁾.

(3) Eine dritte Meinung ⁹²⁾ beruft sich auf Systematik und Zweck des Gesetzes "gegen Wettbewerbsbeschränkungen" und sieht den Rechtsbegriff der

88) Benisch, WuW 60,355; Fikentscher, PE. S.61; Ehle, WuW 63,981;

89) Seydel, WRP 57,254;

90) wie hier: Lukes, JUS 62,216; Huber, aaO S.51;

91) so die h.M.: Mayer-Wegelin, DB 58,188; Hengstenberg, WuW 58,441; Benisch, WuW 60,355; Ehle, WuW 63, S.978; Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.38 und 46, der allerdings ein Beeinflussen iSv. "Einschärfen"

92) Huber, aaO S.59; Schwartz, MA 58,510; voraussetzt.

Empfehlung nur durch eine solche Erklärung als erfüllt an, bei der der Empfehlende in so starkem Maße die Willensfreiheit der Empfehlungsempfänger beschränke, daß diese faktisch gebunden seien. Nur wenn der Erklärung ein derartiger bindungsähnlicher Charakter zukomme, läge eine Empfehlung im Rechtssinne vor. Diese dritte Meinung geht zu weit, wenn sie nur faktisch bindende Erklärungen als Empfehlungen ansieht. Wie der BGH zutreffend dargelegt hat ⁹³⁾, ist die tatsächliche Bindungskraft keine Wesenseigenschaft, sondern lediglich eine mögliche Wirkung der Empfehlung. Auch erfolglose Empfehlungen sind Empfehlungen im Sinne des GWB ⁹⁴⁾.

Zutreffend ist allein der Empfehlungsbegriff der zweiten Meinung, wonach eine Empfehlung dann vorliegt, wenn der Erklärende dem Empfehlungsempfänger offen oder versteckt den Wunsch zu erkennen gibt, der Empfänger möge sich entsprechend der Empfehlung verhalten.

bb) Erforderliche Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens⁹

(1) Ausdrückliche Äußerung des Beeinflussungswillens

Eine Empfehlung liegt sicherlich vor, wenn der Empfehlende seinen Willen, das Verhalten der Empfehlungsempfänger zu beeinflussen, ausdrücklich durch unzweideutige Willenskundgabe, aktives Verhalten oder gezieltes Eindringen in die Willensbildung der Erklärungsadressaten zu Ausdruck bringt ⁹⁵⁾.

Dies kann insbesondere dadurch geschehen, daß der Empfehlende seine Mitteilung selbst als "Empfehlung" bezeichnet, oder mit anderen, entsprechenden Worten zum Ausdruck bringt, daß er die Beachtung des empfohlenen Verhaltens wünsche. Ein zugleich angebrachter Hinweis auf die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung kann allerdings nicht verhindern, daß dennoch der tatsächliche Beein-

93) WuW/E BGH 370

94) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.39

95) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.46

flussungswille des Empfehrenden zum Ausdruck kommt ⁹⁶⁾. Vielmehr kann gerade dieser Zusatz deutlich machen, der Empfehler wünsche, trotz der beiderseits bekannten rechtlichen Unverbindlichkeit der Empfehlung, daß der Adressat sie beachte ⁹⁷⁾.

Der Beeinflussungswille des Empfehrenden kann aber auch bei Mitteilungen, die nicht besonders als "Empfehlungen" gekennzeichnet sind, dadurch ausgedrückt werden, daß der Empfehler in zusätzlichen ausdrücklichen Erklärungen ⁹⁸⁾ darauf hinweist, daß er die Einhaltung seiner, nicht weiter als Empfehlung gekennzeichneten Erklärungen wünsche. Solche ausdrücklichen Zusatzaussäuerungen können zB. in Rundschreiben an die Händler enthalten sein oder auf Informationsveranstaltungen und Vertragshändlertreffen vom Empfehler geäußert werden. Sie werden nicht selten mit Appellen an das kaufmännische Standesbewußtsein und mit Hinweisen auf die wirtschaftliche Abhängigkeit der Händler verbunden ⁹⁹⁾. Durch derartige Erklärungen, die nicht mit der eigentlichen Mitteilung verbunden sein müssen ¹⁰⁰⁾, also zeitlich vor oder nach der Mitteilung geäußert werden können, versucht der Empfehler, die Adressaten aufnahmebereit zu machen und sie bereits in eine bestimmte Richtung zu lenken, so daß es nur noch einer einfachen Mitteilung bedarf, um die Adressaten in dem gewünschten Sinne zu beeinflussen.

(2) Nicht ausdrücklich geäußelter Beeinflussungswille

Es gibt jedoch auch Fälle, wo der Empfehler es gar nicht nötig hat, die Empfänger aufnahme-

96) Völp, WRP 58,328 1.Sp.; Krahe, WuW 60,480; Rüdel, aaO.S.14; Müller-Gries-Giessler §38Rn38; aa Fikentscher, PE S.77 und Ehle, WuW 63,989, die davon ausgehen, daß idR ein Zusatz "unverbindlicher Wiederverkaufspreis" genüge, um den Empfehlungscharakter zu beseitigen.

97) Huber, aaO.S.54;

98) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.46;

99) Ehle, WuW 63,983

100) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.46;

bereit zu machen, weil sie bereits aufnahmebereit sind, oder wo er seinen Beeinflussungswillen bewußt verdeckt und tarnt ¹⁾, so daß sich dieser für die Adressaten nur aus den Umständen, die die Mitteilung begleiten, ergibt ²⁾. Ob auch diese Preisnennungen, die auf den ersten Blick wie reine, nicht von einem Beeinflussungswillen getragene, Preismitteilungen erscheinen, auch vom kartellrechtlichen Empfehlungsbegriff erfaßt werden, ist streitig.

Eine Meinung ³⁾ sieht den Empfehlungsbegriff nur dann als erfüllt an, wenn der Beeinflussungswille vom Empfehlenden ausdrücklich geäußert wird. Eine stillschweigende Willenserklärung reiche hierzu nicht aus ⁴⁾. Diese Meinung versteht die Entscheidung des BGH vom 14.1.60 ⁵⁾ allerdings insofern falsch, als sie dieser Entscheidung entnimmt, der BGH fasse das entscheidende Kriterium des Beeinflussungswillens im Sinne von "Einschärfen" auf ⁶⁾. Der BGH hat jedoch das Wort "Einschärfen" nur als Erklärung des Wortes "Einbinden" neben den anderen Begriffen "anempfehlen, ans Herz legen, anraten" zur etymologischen Erklärung des Wortes "empfehlen" gebraucht ⁷⁾. Er wollte damit nicht ausdrücken, daß der Empfehlende besonders stark auf den Empfehlungsempfänger einwirken müsse, was sich schon daraus ergibt, daß er weiter in den Gründen ausführt, eine empfehlungsbedingte Beeinträchtigung der Entschlußfreiheit der Empfehlungsadressaten liege bereits dann vor, wenn die mitgeteilten Preise "irgendeinen Einfluß auf ihre Entschließung ausübten, sei es, sie bestimmten oder auch bloß (bestärkend) förderten" ⁸⁾.

1) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.45; Benisch, WuW 60,356; Weyhenmeyer WRP 71,350 r.Sp.

2) Ehle WuW 63,982

3) Hengstenberg, WuW 58,441; von Beringe, DB 60, S.290; Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.46;

4) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.46;

5) WuW/E BGH 669;

6) Müller-Gries-Giessler § 38 Rn.38;

7) WuW/E BGH 370

8) WuW/E BGH 372

Die andere Meinung ⁹⁾ sieht auch diejenigen Mitteilungen als vom Empfehlungsbegriff erfaßt an, bei denen sich der Empfehlende zwar jeder ausdrücklichen Stellungnahme enthält, die ihm als Offenbarung seines Beeinflussungswillens ausgelegt werden könnte, aber dennoch durch schlüssiges Verhalten ¹⁰⁾ seinen Abnehmern zu erkennen gibt, daß er von ihnen ein bestimmtes Verhalten erwarte. Nach dieser Meinung kann also der Beeinflussungswille des Empfehlenden auch aus den Begleitumständen, insbesondere aus konkludenten Handlungen des Empfehlenden zu entnehmen sein ¹¹⁾. Dieser weiten, vom Schutzzweck des Empfehlungsverbots gebotenen ¹²⁾ Auslegung des Empfehlungsbegriffs, die allerdings nicht auf das Vorhandensein des Beeinflussungswillens als solchen verzichtet ¹³⁾, sondern lediglich an den Inhalt der Erklärung anknüpft, so wie sie die Empfänger verstanden haben und bei unbefangener und vernünftiger Würdigung verstehen durften, steht nicht das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen, denn es handelt sich hier nicht darum, den Begriff der Empfehlung durch einen anderen zu ersetzen, sondern festzustellen, in welchen Erscheinungsformen Empfehlungen auftreten können ¹⁴⁾. Dadurch, daß nicht auf den Wortlaut der Erklärung, sondern auf ihren Sinn und den mit ihr verfolgten Zweck ¹⁵⁾ abgestellt wird, soll verhindert werden, daß das Empfehlungsverbot dadurch umgangen werden

9) Völz, WRP 58, 329; Benisch, WuW 60, 355; Ehle, WuW 63, 982; Gutzler, BB 64, 110 r. Sp.; Schütz, BB 75, 862 l. Sp.;

10) Langen, § 38 Rn. 9, S. 18; Völz, WRP 58, 329;

11) Frankf. Kom. § 38 Tz. 73; Ehle, WuW 63, 982; Schütz, BB 75, 862 l. Sp.

12) Ehle, WuW 63, 985

13) insofern unterscheidet sich diese Meinung von der oben dargelegten Meinung, die lediglich auf die objektive Eignung oder Wirkung der Erklärung abstellt.

14) Frankf. Kom. § 38 Tz. 73; a. A. Leo AktG 60, 35;

15) Ehle, WuW 63, 985;

kann, daß der Empfehlende durch geschickte Wortwahl ¹⁶⁾ oder Gestaltung seiner Erklärung seinen wahren Beeinflussungswillen verdeckt und tarnt.

(3) Probleme der nicht ausdrücklich erklärten Preisempfehlung

(a) Entscheidend ist der objektive Erklärungstatbestand

Nach der eben dargelegten Auffassung, die allein dem Wesen der Empfehlung, als einer von dem Beeinflussungsstreben des Empfehlenden getragenen Erklärung entspricht ¹⁷⁾, setzt der Empfehlungsbegriff voraus, daß die Adressaten den Empfehlungswillen erkennen können ¹⁸⁾. Es reicht also z.B. zur Annahme einer Preisempfehlung die bloße Nennung eines Bruttopreises für sich allein noch nicht aus. Es muß vielmehr zu dieser Bruttopreisnennung noch etwas hinzukommen, was auf den Beeinflussungswillen des Empfehlenden schließen läßt ¹⁹⁾. In diesem Sinn hat auch der BGH in der "Kohlenplatzhandel" - Entscheidung ausgeführt, daß es auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles ankomme, ob eine Preismitteilung als Preisempfehlung wirke ²⁰⁾. Es ist also das Gesamtverhalten einschließlich aller Begleitumstände zu werten, wobei davon auszugehen ist, wie diejenigen, für die die Erklärung bestimmt ist, diese verstanden haben oder nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte verstehen durften ²¹⁾. Demnach

16) BKartA, Tätigkeitsbericht 1975 S. 24

17) BGH WuW/E 370 und Frankf.Kom. §38 Tz. 70 mit weiteren Nachweisen

18) Benisch, GRUR, 75,49;

19) Schütz, BB 75,862 I.Sp.

20) BGH WuW/E 372

21) Die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Auslegungsgrundsätze hat in neuerer Zeit ausführlich Schütz, BB 75,862 herausgestellt. Grundsätzlich bejaht wird sie auch von Kazmeyer-Hennig, BB 76,943. In früherer Zeit schon Giefers, Vertikale Preisempfehlungen, S. 27;

muß sich der Empfehlende diejenige Auslegung entgegenhalten lassen ²²⁾, die nach der Verkehrsauffassung der beteiligten Kreise die gewöhnliche und regelmäßige ist ²³⁾, auch wenn er selbst seine Erklärung anders verstanden hat und anders verstanden gewußt haben wollte ²⁴⁾. Dies gilt sowohl für ausdrückliche Erklärungen als auch für Erklärungen durch schlüssiges Verhalten ²⁵⁾. Entscheidend ist allein der objektive Erklärungswert ²⁶⁾. Es kommt also nicht darauf an, daß der Empfehlende selbst das Bewußtsein gehabt hat, eine Empfehlung auszusprechen. Ausreichend und entscheidend ist vielmehr, daß er willentlich eine Erklärung abgegeben hat, die nach den konkreten Umständen, dem üblichen Verständnis und den Gepflogenheiten der Erklärungsempfänger als Empfehlung verstanden werden durfte. Nennt ein Hersteller in einer solchen Situation seinen Abnehmern ohne jeden Beeinflussungswillen Bruttopreise, obwohl er weiß oder doch wissen müßte, daß die Erklärungsempfänger diese Bruttopreisnennung als Preisempfehlung auffassen werden, so ist ihm seine Erklärung selbst dann als Preisempfehlung zuzurechnen ²⁷⁾, wenn er subjektiv ohne Empfehlungswillen gehandelt hat, oder dies zumindest behauptet. In diesem Fall fällt zwar der "innere" Wille und der objektiv "erklärte" Wille, so wie ihn die Empfänger verstehen durften, auseinander. Da aber für die Rechtsordnung der "innere" Wille als solcher als Anknüpfungspunkt ungeeignet ist, ist allein der objektiv "erklärte" Wille entscheidend ²⁸⁾. Dies muß auch im Kartellrecht gelten.

22) BKartA, WRP 75,351; Völz, WRP 58, 329 r.Sp.; Benisch, WuW 60,355

23) Palandt § 133 Rn. 4a; Staudinger § 133 Rn.14,18;

24) Kazmeyer-Hennig, BB 76,943 r.Sp.

25) Palandt, § 133 Rn. 5; Kazmeyer-Hennig, BB 76,944 1.Sp.; Soergel-Siebert, 10. Aufl. § 157 Rn. 13;

26) Palandt § 133 Rn. 4b; Soergel-Siebert, § 157 Rn.27 ff.

27) Zu diesem Ergebnis gelangt man sowohl aufgrund zivilrechtlicher als auch straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlicher Überlegungen. Vgl. einerseits Larenz, BGB AT 284f. 290 f. und andererseits Kazmeyer FIW - Schriftenreihe Heft 71 S.76;

28) Palandt § 133 Rn. 4b; Schütz BB 75,862 1.Sp.;

(b) Zurechenbar sind nur erkennbare Umstände

Der Hersteller muß sich jedoch eine konkludent erklärte Preisempfehlung nur dann zurechnen lassen, soweit er Begleitumstände, die seine Erklärung objektiv als Empfehlung erscheinen lassen, kannte oder zumindest kennen mußte. Die Zurechenbarkeit entfällt erst dann, wenn der Erklärende selbst bei Anwendung derjenigen Aufmerksamkeit, die man in einer solchen Situation von einem verständigen Marktbeteiligten erwarten darf, nicht hätte erkennen können, daß seine Äußerung von den Empfängern im Sinne einer Empfehlung aufgefaßt werde. Der Erklärende muß diese Begleitumstände, die die Erklärung als Empfehlung erscheinen lassen, zumindest bewußt in Kauf genommen haben (dolus eventualis) 29). Die Kenntnis bzw. die Möglichkeit zur Kenntnisnahme von diesen Begleitumständen kann entweder bereits bei der Abgabe der Empfehlung vorliegen, sie kann sich aber auch erst im Laufe der Zeit einstellen. Von diesem Zeitpunkt an muß sich der Hersteller weiterer Preisnennungen enthalten, da diese ihm sonst als Preisempfehlungen zugerechnet werden müssen 30).

Eine reine Tatsachenmitteilung wird allerdings noch nicht dadurch zu einer Empfehlung, daß sie fälschlicherweise und für den Mitteilenden nicht erkennbar von einigen Adressaten in diesem Sinne verstanden wird 31). Es kommt nicht auf den subjektiven Eindruck einer Minderheit an, sondern es muß eine objektive Prüfung unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Adressaten erfolgen. Hierbei ist es allerdings nicht erheblich - wie Benisch 32) anklingen läßt - daß die Mehrheit oder Gesamtheit

29) Völp, WRP 58,329; Benisch, WuW 60,355;

30) Völp, WRP 58,329; BKartA, WRP 75,351;

31) Ehle, WuW 63,983; Benisch, WuW 60,355,357; ders. GRUR 75,49 1.Sp.; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn 40;

32) Benisch, WuW 60,356;

der Adressaten die Empfehlung befolge. Es genügt, wenn diese den Empfehlungscharakter der Mitteilung vernünftigerweise erkennen konnten, auch wenn sie sich dann nicht danach gerichtet haben.

(c) Die Unbeachtlichkeit eines inneren Vorbehalts

Hat also der Hersteller eine Empfehlung abgegeben, die die Empfänger vernünftigerweise als Empfehlung auffassen konnten, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er in Wahrheit seine Abnehmer nicht beeinflussen wollte. Eine derartige Behauptung muß als rechtlich irrelevanter innerer Vorbehalt, als reservatio mentalis angesehen werden ³³⁾.

Erst recht muß eine Empfehlung dann bejaht werden, wenn ein Hersteller mit seiner Bruttopreisnennung neben dem Wunsch die Abnehmer zu beeinflussen auch noch andere Ziele z.B. die Vereinfachung und Rationalisierung der Abrechnung oder das Überlassen einer Kalkulationshilfe für die Händler verfolgt hat. Der Begriff der Empfehlung setzt nicht voraus, daß das Beeinflussungsstreben des Empfehlenden das einzige Motiv des Empfehlenden sein muß ³⁴⁾.

(d) Die Unbeachtlichkeit eines nicht erklärten Beeinflussungswillens

Aus dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens ergibt sich andererseits, daß eine Empfehlung dann nicht angenommen werden kann, wenn der Erklärende die Erklärung zwar insgeheim in der Absicht abgibt, dadurch auf die Willensbildung der Adressaten Einfluß zu nehmen, dieser Wille jedoch in keiner Weise, auch nicht aus den besonderen Umständen des Einzelfalls erkennbar wird ³⁵⁾. Auch in diesem Fall deckt sich der "innere" nicht mit dem objektiv "erklärten" Willen. Da die Erklärung ihrem objektiven Erklärungswert nach als schlichte Meinungsäußerung oder Information

33) Kazmeyer, FIW - Schriftenreihe, Heft 71 S.76;

34) Kazmeyer-Hennig, BB 76,944 1.Sp.

35) Ehle, WuW 63,987; Schütz, BB 75,861 r.Sp.;

erscheint, der nicht geäußerte "innere" Wille aber außer Betracht bleiben muß, kann in diesem, zugegebenermaßen sehr theoretischen Fall das Vorliegen einer Empfehlung nicht bejaht werden.

Hiervon ist allerdings, der in der Praxis wesentlich häufigere Fall zu unterscheiden, daß Empfehlungen zur Tarnung zwar in das äußere Gewand einer Information gekleidet werden, der für die Empfehlung charakteristische Beeinflussungswille sich aber aus zusätzlichen Erklärungen oder den Begleitumständen ergibt ³⁶⁾. Da hier für die angesprochenen Empfängerkreise der Beeinflussungswille des Empfehlenden erkennbar wird, muß das Vorliegen einer Empfehlung bejaht werden.

(e) Möglichkeiten zur Beseitigung des Empfehlungscharakters

Es stellt sich nun die Frage, ob und gegebenenfalls wie ein Hersteller, der tatsächlich keinen Empfehlungswillen hat, sich davor schützen kann, daß ihm eine ohne Beeinflussungsabsicht gemachte Erklärung als Empfehlung zugerechnet werden kann. Benisch führt dazu aus, daß er alles erforderliche tun müsse, um bei den Adressaten diesen Eindruck auszuräumen ³⁷⁾. Was aber erforderlich ist, sagt er nicht. Fikentscher ist der Ansicht, daß in der Regel ein Zusatz "unverbindlicher Wiederverkaufspreis" genügen werde, um den Empfehlungscharakter zu beseitigen ³⁸⁾. Er weist allerdings mehrfach darauf hin, daß es letztlich keinen mit Sicherheit wirksamen Schutz gebe ³⁹⁾. Der Preisempfehlende unterliege gewissenmaßen einer Haftung wegen der Gefährlichkeit seines Tuns ⁴⁰⁾. Auch Schütz geht davon aus, daß der Hersteller grundsätzlich einen konkludent erklärten Empfehlungswillen durch einen ausdrücklichen Hinweis beseitigen könne, indem er klarstelle, daß er keinen Empfehlungswillen habe. Die ausdrückliche Erklärung gehe der konkludenten vor ⁴¹⁾.

36) Frankf.Kom. § 38 Tz. 80;

37) Benisch, WuW 60,355;

38) Fikentscher, PE S.78; dagegen Benisch DB 60,1175;

39) Fikentscher, PE S.76,103,105;

40) Fikentscher, PE S.105; a.A. Benisch GRUR 75,49 1.Sp.

41) Schütz, BB 75,863;

Untersucht man diese Vorschläge auf ihre Anwendbarkeit in der Praxis, so stellt man fest, daß derartige Hinweise auf die Unverbindlichkeit der Bruttopreisnennung bzw. das Fehlen eines Beeinflussungswillens in der Regel nicht geeignet sind, den objektiven Erklärungsstatbestand einer konkludent erklärten Preisempfehlung zu beseitigen. Ihrem äußeren Erscheinungsbild nach können derartige Bruttopreisnennungen mit Klarstellungsvermerk praktisch mit den nach § 38 a zulässigen unverbindlichen Preisempfehlungen für Markenwaren verwechselt werden. Auch diese sind nur dann zulässig, wenn sie mit einem ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvermerk versehen sind (§ 38a Abs.1 Nr.1). Die angesprochenen Empfängerkreise können jedenfalls aus dem Klarstellungsvermerk nicht ausreichend deutlich entnehmen, daß es sich in dem einen Fall um Bruttopreisnennungen mit, im anderen Fall ^{um solche} ohne Empfehlungscharakter handele. Sie würden sich durch solch einen verbalen Vorbehalt kaum davon abhalten lassen, auch die ohne Beeinflussungswillen genannten Bruttopreise weiterhin als (getarnte) Preisempfehlungen zu verstehen und zu praktizieren ⁴²⁾. Soweit also die Adressaten nach ihrem Verständnis trotz Klarstellungsvermerk weiterhin davon ausgehen können, daß der Hersteller mit seiner Bruttopreisnennung eigentlich Wiederverkaufspreise empfehlen will, muß sich dieser die genannten Bruttopreise als Preisempfehlungen zurechnen lassen. Der Hersteller kann nicht einerseits in dem Bewußtsein, daß seine Preise trotz Klarstellungsvermerk als Preisempfehlungen aufgefaßt werden, Bruttopreislisten herausgeben, aber andererseits behaupten, er habe nicht gewollt, daß die Empfänger sie als Preisempfehlungen auffassen und entsprechend handeln. Er setzt sich damit zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch. Ein solcher innerer Vorbehalt wäre sowohl nach zivilrechtlicher als auch straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlicher Betrachtungsweise unbeachtlich ⁴³⁾.

⁴²⁾ Schütz, BB 76, 944

⁴³⁾ s.o. S. D 23, Fn. 27 und Kazmeyer, FIW 71 S.76;

Erkennt ein Hersteller, daß seine Abnehmer Bruttopreislisten als Empfehlungen ansehen und sich entsprechend danach richten, so bleibt ihm in der Tat nichts anderes übrig, als entweder auf die Herausgabe von Bruttopreislisten zu verzichten ⁴⁴⁾ oder, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Freistellung nach § 38a erfüllt sind, diese Bruttopreise als unverbindliche Preisempfehlungen gemäß § 38a auszusprechen. Der Hersteller wird dadurch nicht - wie Schütz ⁴⁵⁾ meint - zu einer intensiveren, von ihm nicht beabsichtigten Einflußnahme auf den Handel gezwungen. Durch die Kennzeichnung als unverbindliche Preisempfehlung trägt er vielmehr lediglich der Tatsache Rechnung, daß seine Bruttopreislisten^{ohne-}hin als Preisempfehlungen aufgefaßt werden. Der Hersteller, der Preisempfehlungen gemäß § 38a aussprechen will, muß allerdings die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 38a beachten. Außerdem unterliegt er der Mißbrauchskontrolle durch das Bundeskartellamt gemäß § 38a Abs. 3. Gerade dieser Gesichtspunkt bestätigt die hier vertretene Ansicht. Es kann nicht Sinn des Gesetzes sein, einerseits für Markenwarenpreisempfehlungen strenge Zulässigkeitsvoraussetzungen zu schaffen und eine intensive Mißbrauchskontrolle vorzusehen, wenn andererseits Bruttopreislisten, die faktisch die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen hervorrufen, unbeschränkt zulässig wären. Insofern ist Kazmeyer-Hennig beizupflichten, daß es neben den unverbindlichen Preisempfehlungen für Markenwaren und abgesehen von Mittelstandsempfehlungen und Preisangaben gegenüber weisungsgebundenen Agenten und Kommissionären, grundsätzlich keinen weiteren Freiraum für sonstige Bruttopreisbildungen gibt, in den das allgemeine Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 nicht eingreift ⁴⁶⁾. Eine andere Lösung würde einer Umgehung des § 38a Tür und Tor öffnen.

44) So auch Kazmeyer-Hennig, BB 76,944 r.Sp.; a.A. Benisch, GRUR 75,49 1.Sp.

45) Schütz, BB 75,863 r.Sp.

46) Kazmeyer-Hennig, BB 76,943 1.Sp.

cc) Einzelne Umstände, die eine nicht als Preisempfehlung gekennzeichnete Erklärung zu einer Empfehlung machen können:

Bruttopreisnennungen eines Herstellers sind immer dann als Empfehlungen anzusehen, wenn sie einerseits aus Sicht der Adressaten als Preisempfehlungen verstanden werden, mit denen der Hersteller auf die Gestaltung der Wiederverkaufspreise Einfluß nehmen will und andererseits davon ausgegangen werden kann, daß der Hersteller sich dieser Wirkung bewußt ist. Unter welchen Voraussetzungen die Nennung von Bruttopreisen von den Erklärungsempfängern als Preisempfehlung angesehen wird, kann nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gesagt werden⁴⁷⁾.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, unter welchen Umständen die Erklärungsempfänger davon ausgehen können, daß der Hersteller mit seiner Preisangabe die Gestaltung ihrer Wiederverkaufspreise beeinflussen will. Hierbei sind allerdings strenge Anforderungen an den objektiven Erklärungswert der Äußerung und des Gesamtverhaltens des Herstellers zu stellen. Insbesondere ist zu beachten, daß dem Hersteller nur diejenigen Umstände als empfehlungsbegründend angerechnet werden können, die dieser nachweislich zumindest bewußt in Kauf genommen hat. Ansonsten käme es praktisch zu einer Umkehrung der Beweislast⁴⁸⁾, auf deren Unzulässigkeit angesichts des Grundsatzes "in dubio pro reo" nicht näher eingegangen zu werden braucht. Die vielfach nur rhetorisch⁴⁹⁾ gestellte Frage, welchen anderen Zweck der Mitteilende mit der Preisnennung verfolge, als den, die Mitteilungsempfänger zu beeinflussen, stellt für sich allein noch keine ausreichende Beweisführung dar.

47) so auch Frankf.Kom. § 38 Tz. 73

48) Benisch, WuW 60,356; Weyhenmeyer, WuW 71,350 r.Sp.

49) Benisch, DB 60,1175 1.Sp.

(1) Bruttopreisnennung an Verbraucher

Gibt der Hersteller (oder Großhändler) die von ihm für richtig gehaltenen Bruttopreise nicht nur den Händlern, sondern auch den Verbrauchern bekannt, so läßt sich aus Sicht der Wiederverkäufer aus diesem Verhalten des Herstellers in aller Regel nur der Schluß ziehen, daß der Hersteller die Einhaltung seiner Bruttopreise durch die Wiederverkäufer wünsche⁵⁰⁾. Durch die Bruttopreisnennung gegenüber den Verbrauchern, die z.B. durch Anbringung des Bruttopreises auf der Ware selbst oder ihrer Verpackung, oder durch unmittelbare Information der Verbraucher mittels Herstellerwerbung erfolgen kann, erschwert der Hersteller bewußt die Festlegung anderer, insbesondere höherer Preise durch die Wiederverkäufer. Ein Hersteller, der im Bewußtsein dieser Wirkung unmittelbar an die Verbraucher herantritt und ihnen nicht als Preisempfehlungen gekennzeichnete Bruttopreise nennt, gibt dadurch gegenüber seinen Wiederverkäufern seinen Empfehlungswillen durch schlüssiges Verhalten bekannt⁵⁰⁾. Bruttopreisnennungen an Verbraucher sind demnach grundsätzlich Preisempfehlungen.

(2) Langjährige Gewöhnung des Einzelhandels an Bruttopreisbildung

Der deutsche Einzelhandel ist seit Jahrzehnten an Preisbindungen, Preisempfehlungen und Bruttopreislisen gewöhnt.⁵¹⁾ Überwiegend werden Bruttopreislisen vom Handel begrüßt⁵²⁾, da sie es ihm ermöglichen, auf eine eigene Kalkulation zu verzichten, und unter Umständen sogar dazu beitragen können, die Handelsspanne zu sichern und zu erhöhen. Insbesondere in weiten Teilen des Fachhandels wird der Markenartikelhersteller gerne als Leitunternehmer in der vertikalen Absatzkette⁵³⁾ (Hersteller-Groß-Einzelhandel) akzeptiert, dessen Führung man sich, insbesondere in preislicher Hinsicht, gerne anvertraut.

50) Schütz, BB 75, 863; Frankf. Kom. § 38 Tz. 77

51) Kazmeyer, FIW 71 S. 75; Hengstenberg, WuW 58, 439;

52) Huber, a.a.O. S. 88;

53) Stark, Vertikale PE im Wettbewerb, S. 38ff.

Vor allem, wenn die nachfolgenden Handelsstufen durch ausgeprägte Homogenität hinsichtlich Preisverhalten und Kostenstruktur gekennzeichnet sind, und vorwiegend mit weniger preisaktiven Geschäftstypen besetzt sind und wenn es sich bei den angebotenen Waren nicht gerade um besondere Blickpunktartikel handelt⁵⁴⁾, kann der Hersteller erfahrungsgemäß⁵⁵⁾ davon ausgehen, daß der Handel, nicht zuletzt aus Solidaritätsgefühl und Eigennutz fast jeden, vom Hersteller genannten Preis, sofern er nur in etwa als Endverbraucherpreis in Frage kommt, übernimmt. Dies gilt auch dann, wenn dieser Preis nicht ausdrücklich als empfohlener Preis bezeichnet wird.

Angesichts einer langjährigen diesbezüglichen Übung halten die Wiederverkäufer vielfach eine ausdrückliche Kundgabe des Beeinflussungswillens seitens des Empfehlenden für überflüssig⁵⁶⁾. Selbst wenn der Hersteller seine objektiv als Wiederverkaufspreise in Betracht kommenden Preise z.B. als Verrechnungsbasis^{oder}, Eckpreis^{als} oder Kalkulationshilfe⁵⁷⁾ kennzeichnet, werden die Händler in der Regel darin ein Tarnungsmanöver sehen und weiterhin davon ausgehen, daß der Hersteller trotz dieser abschwächenden Bezeichnungen die Einhaltung seiner angegebenen Bruttopreise zumindestens gerne⁵⁸⁾ sehe.

Wenn ein Hersteller, der weiß oder nach einiger Zeit erkennt, daß die Händler seine Bruttopreisangaben als Preisempfehlungen auffassen und bereit sind, sie zu befolgen, trotzdem (weiterhin) Bruttopreise ausspricht, so liegt der Schluß nahe, daß er diese Wirkungen bewußt in sein preispolitisches Konzept miteinbezieht, um die Preisbildung der Wiederverkaufspreise in seinem Sinne zu beeinflussen⁵⁹⁾.

54) vgl. Belke, ZHR 1975, 151

55) Kazmeyer, FIW 71 S. 75; Gutzler, BB 64, 110 r.Sp. OLG Hamburg, BB 59, 972; WuW/E BKA 1242;

56) Ehle, WuW 63, 983;

57) BKartA, Tb. 1975 S. 24;

58) Völp, WRP 58, 328; aa Benisch, WuW 60, 356;

59) Gutzler, WRP 73, 568 r.Sp.; BKartA, WRP 75, 351; a.A. Völp, WRP 73, 566 l.Sp.; Benisch, GRUR 75, 49;

Dieser Schluß liegt besonders dann nahe, wenn der Hersteller zusätzlich ein Melde- und Informationssystem über die Handhabung seiner Bruttopreise betreibt, da er dadurch zu erkennen gibt, daß es ihm nicht gleichgültig ist, ob der Handel seine Bruttopreise übernimmt.

Diesen Schluß kann der Hersteller nicht dadurch entkräften, daß er behauptet, die Nennung der Bruttopreise stelle für ihn lediglich eine Methode der Preis- und Rabattberechnung dar, wobei es ihm völlig gleichgültig sei, ob der Handel den Brutto - preis als Wiederverkaufspreis übernehme⁶⁰⁾.

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß der Empfehlungsbegriff nicht voraussetzt, daß der Wunsch, die Wiederverkaufspreise zu beeinflussen das einzige Ziel des Empfehlenden ist. Der Empfehlende kann daneben noch weitere Ziele verfolgen. Abgesehen davon ist aber nicht einzusehen, warum die Abrechnung zu Bruttopreisen - wie Hengstenberg⁶¹⁾ behauptet - "dem Hersteller das Rechnungswerk un- gemein erleichtert", da es rechnerisch wohl kaum schwieriger ist, auf eine zusammengefaßte Netto- gesamtsumme einen bestimmten, individuellen Prozentsatz aufzuschlagen, als von einer zusammengefaßten Bruttogesamtsumme einen bestimmten Rabattsatz abzu- setzen. Aber selbst wenn im Einzelfall tatsächlich Gründe für eine Bruttopreisberechnung sprechen sollten, ist nicht einzusehen, daß der Hersteller, diesen Bruttopreis dem Handel auch mitteilen muß. Verwendet der Hersteller trotzdem, ohne überzeugende Gründe gegenüber seinen Abnehmern Bruttopreise, so muß davon ausgegangen werden, daß er dies zu- mindest auch zum Zwecke der Preisbeeinflussung tut.

Voraussetzung für eine derartige Beurteilung von Bruttopreisnennungen als Preisempfehlungen ist demnach, daß der Hersteller gegenüber den Händlern neben seinem tatsächlich geforderten Werksabgabe- preis noch einen weiteren, höheren Preis nennt, der der Höhe nach als Wiederverkaufspreis in Betracht

60) so Benisch, WuW 60,361; ders. GRUR 75, 49;
Völp, WRP 73,566 1.Sp.

61) Hengstenberg, WuW 58,439;

kommen könnte⁶²⁾ und andere Gründe für die Nennung des höheren Preises nicht ernsthaft in Betracht kommen. Hierbei kommt es, wie gesagt, nicht darauf an, ob der Hersteller diesen Preis als Brutto-, Basis-, Verrechnungs-, oder Eckpreis, als Kalkulationshilfe oder gar als Nettopreis bezeichnet. Entscheidend ist, daß der Hersteller auf diesen genannten höheren Preis Skonti, Rabatte oder sonstige Abschläge gewährt, die insgesamt zu hoch sind, daß sie als zugedachte Handelsspanne in Betracht kommen⁶³⁾. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn auch der Funktionsrabatt für die jeweilige Handelsstufe im Bruttopreis eingeschlossen ist⁶⁴⁾. Das Bundeskartellamt geht davon aus, daß Nettopreise, auf die den Abnehmern 10% und mehr Gesamtvergütung gewährt wird, den Verdacht nahelegen, daß sie in Wirklichkeit Bruttopreise sind⁶⁵⁾.

(3) Eigenes Interesse an der Beeinflussung der Wiederverkaufspreise

Ein weiteres Kriterium, das auf den Beeinflussungswillen des Erklärenden schließen läßt, ist das eigene Interesse, das der Erklärende an der Befolgung seiner Preismitteilung hat. Zunächst kann man davon ausgehen, daß Preismitteilungen, die der Hersteller freiwillig⁶⁶⁾ ausspricht, zumindest auch in seinem Interesse liegen. Offensichtlich verspricht sich der Hersteller von diesem absatzpolitischen Instrument irgendwelche positive Wirkungen. Fraglich ist, ob der Hersteller auch ein eigenes Interesse daran hat, daß die genannten Preise auch tatsächlich eingehalten werden⁶⁷⁾ bzw. allgemeiner formuliert, daß durch die Preisnennung die Bildung der Endverbraucherpreise überhaupt beeinflußt werden.

62) BKartA, Tb. 1975, S. 24; Gutzler, BB 64, 110 r.Sp.

63) BKartA, WRP 75, 352;

64) Kazmeyer, FiW 71 S. 75; Benisch, GRUR 75, 49 r.Sp. BKartA, Tb. 1975 S. 24+

65) BKartA, WRP 75, 352;

66) Anders kann die Lage zu beurteilen sein, wenn der Hersteller mit der Bruttopreisnennung der Forderung marktstarker Händler nachkommt.

67) Giefers, PE S. 42;

Dies ist sicher dann der Fall, wenn der Hersteller die Preisnennung deshalb einsetzt, um aktive Preispolitik über die Absatzstufen hinweg zu treiben, insbesondere, wenn er den von ihm festgelegten Preis auch den Verbrauchern mitteilt⁶⁸⁾. Auf diese Weise versucht der Hersteller, Preisvorstellungen beim Verbraucher und Handel zu prägen und die Preisbildung zumindest in der Bandbreite zu ordnen und zu steuern.

Aber auch dann, wenn der Hersteller in den Mondpreisfällen gerade anstrebt, daß die von ihm genannten Preise nicht unbedingt eingehalten werden, will er mittelbar die Bildung der Endverbraucherpreise beeinflussen.

Auch in den Fällen der als bloße Kalkulationshilfe für den Handel angebotenen Preislisten, läßt sich ein eigenes Interesse des Herstellers an der Einhaltung der genannten Preise feststellen, da weitgehend nicht eingehaltene Bruttopreislisten ihre Funktion als Kalkulationshilfe für den Handel nicht erfüllen können⁶⁹⁾. Darüberhinaus entspricht die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen vielfach dem gemeinsamen Interesse des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger⁷⁰⁾, das nur dann befriedigt wird, wenn die Empfänger den genannten Wiederverkaufspreis einhalten.

(4) Preisauszeichnung durch den Hersteller

Der Beeinflussungswille des Empfehlenden kommt ebenfalls deutlich zum Ausdruck, wenn dieser den Händlern Werbematerial (z.B. Prospekte, Verkaufsständer, Preisetiketten) übersendet, auf das ein bestimmter Preis als Verkaufspreis des Händlers, oder als empfohlener Preis bereits aufgedruckt ist⁷¹⁾. Da der Empfehlende an der Verwendung dieses, von ihm zu Werbezwecken gelieferten Materials natürlich interessiert ist, der Händler dieses jedoch nur verwenden kann, wenn er den aufgedruckten Preis als seinen eigenen Verkaufspreis übernimmt, bzw. da ihm das Abweichen von diesem Preis zumindest

68) Giefers, PE S.43; Bieleke ZHR 1974,435

69) a.A. Giefers, PE S. 42;

70) Fikentscher, PE S. 2

71) Völz, WRP 58,328;

erschwert wird, liegt der Schluß auf den Beeinflussungswillen des Empfehlernden nahe.

Kaum anders zu beurteilen ist die Lage, wenn der Empfehler dem Handel die Wahl läßt zwischen Werbematerialien mit und ohne Preisangabe ⁷²⁾.

Zwar wird die Freiwilligkeit der Entscheidung des Händlers für die mit Preisangabe versehenen Werbematerialien dadurch stärker gewährleistet, daß er auch Werbematerial ohne Preisaufdruck erhalten kann. Da aber mit Preisen versehenes Werbematerial regelmäßig auf den Verbraucher eine stärkere werbliche Wirkung entfaltet, weil aus diesem sofort das entscheidende Verhältnis von Preis und Leistung ersichtlich ist, stellt das nicht mit Preisen versehene Werbematerial keine gleichwertige Alternative für den Händler dar. Der Hersteller übt auch in diesem Fall einen hinreichend starken Einfluß auf die Bildung der Endverbraucherpreise aus ⁷³⁾, den er sich als gewollt anrechnen lassen muß.

(5) Preisauszeichnung mit alternativen Preisen

Im Ergebnis nicht viel anders zu beurteilen ist der in der Literatur ⁷⁴⁾ immer wieder vorgebrachte aber wohl recht praxisferne Fall, daß der Hersteller dem Handel Bruttopreislisten und Werbematerial mit verschiedenen, alternativen Endverbraucherpreisen anbietet. Der Handel könne sich dann völlig unbeeinflusst aus den verschiedenen Alternativen diejenige Preisauszeichnung herausuchen, die seiner eigenen Kalkulation entspreche. Dieses Verfahren ist jedoch völlig unpraktakabel, da es entweder den Hersteller dazu zwingt, entsprechend der, bei Nettopreisbildung auf Grund der unterschiedlichen Kostenstruktur, Marktlage usw. zu beobachtenden Preisvielfalt unzählbar viele Preisalternativen anzubieten, oder es den Händler zwingt, sich mit seiner Preisstellung den wenigen vom Hersteller angebotenen Preisgruppen anzupassen ⁷⁵⁾. Eine tat-

72) Benisch, GRUR 75,50 1.Sp.;

73) so auch Benisch GRUR 75,50 1.Sp.

74) Völp, WRP 58,328; ders. WRP 73,566 1.Sp.;
Benisch GRUR 75,50 1. Sp.;

75) Be lke, ZHR 1974, 415, Fn. 8;

sächliche Beeinflussung der Endverbraucherpreisbildung ist dann nicht von der Hand zu weisen, die sich der Hersteller als gewollt anrechnen lassen muß⁷⁶⁾.

(6) Preisauszeichnung auf Wunsch der Händler

Zeichnet ein Hersteller, im Auftrag einzelner Händler, die von diesen gekaufte Ware mit den von ihnen konkret festgelegten Wiederverkaufspreisen aus, so erbringt er damit lediglich eine Kundendienstleistung gegen die kartellrechtlich nichts einzuwenden ist.⁷⁷⁾ Haben jedoch die Händler vorher gar keine eigenen Preise kalkuliert, und dem Hersteller zur Auszeichnung mitgeteilt, sondern erwarten sie vielmehr vom Hersteller einen eigenen Preisvorschlag, den sie dann übernehmen können, so stellt eine derartige Preisnennung durch den Hersteller mit Sicherheit eine Preisempfehlung dar⁷⁸⁾, da es nicht vorstellbar ist, daß der Hersteller einerseits die Wiederverkaufspreise festlegt und die Ware damit auszeichnet, er aber andererseits^{dabei} gar keinen Beeinflussungswillen hat. Völp spricht in diesem Fall sogar von einer unzulässigen Preisbindung⁷⁹⁾.

(7) Informationen über historische Preisdaten

Sorgfältige und einwandfreie Informationen über Verkaufspreise, die in der Vergangenheit genommen worden sind, sind grundsätzlich kartellrechtlich nicht zu beanstanden⁸⁰⁾, wenn der Hersteller sie als solche kennzeichnet und zutreffend angibt, in welchem Rahmen sich die, auf Nettopreisbasis ge-

76) so auch Kazmeyer-Hennig, BB 76,942 1. Sp.; a.A. Benisch, GRUR 75,50; Völp, WRP 73,566;

77) Kazmeyer-Hennig, BB 76,942 1.Sp.; Gutzler, WRP 73,568 r.Sp.; Benisch GRUR 75,50 r.Sp.

78) Gutzler, WRP 73,568 r.Sp.; Kazmeyer, FIW 66 S.104; Be lke, ZHR 1974, 416;

79) Völp, WRP 73,566 r.Sp.

80) Kazmeyer, FIW 66,S. 102; ders. FIW 71, S. 77; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn 45; Benisch, GRUR 75,50 r. Sp.

bildeten⁸¹⁾ Verkaufspreise des Handels tatsächlich bewegen. Dabei dürfen der obere, der untere Preis, und ein gewogenes Mittel angegeben werden, wenn dabei eindeutig zum Ausdruck gebracht wird, daß die Angaben auf einer Marktforschung beruhen⁸²⁾. Die Preisinformation unterscheidet sich begrifflich von der Preisempfehlung dadurch, daß ihr die Beeinflussungstendenz fehlt. Sie unterrichtet, rät aber bestimmtes Verhalten nicht an⁸³⁾. Daß Preisinformationen ebenso wie Empfehlungen zu einer Beeinflussung des Marktverhaltens der Adressaten führen können, ist für die begriffliche Unterscheidung grundsätzlich ohne Belang.⁸³⁾ Der Wille des Informierenden beschränkt sich im Fall der reinen Information auf deren Übermittlung⁸⁴⁾.

Deutlich erkennbar ist der für die Empfehlung charakteristische Beeinflussungswille jedoch, wenn ein Hersteller seine Händler oder die Verbraucher durch unzutreffende Zweckmeldungen⁸⁵⁾ einseitig oder falsch über die am Markt geforderten Wiederverkaufspreise seiner Erzeugnisse informiert. Hier liegt der Schluß nahe, daß er durch diese unzutreffenden Informationen die Bildung der Wiederverkaufspreise in seinem Sinne beeinflussen will.

(8) Meinungsäußerungen über künftige Preiserwartungen

Ein Beeinflussungswille ist auch dann erkennbar, wenn ein Hersteller seine Meinung über die künftig zu erwartenden Preise äußert, aber dabei seine Preiserwartung willkürlich zu hoch ansetzt. Der Grund hierfür kann einmal darin liegen, daß der Empfehlende die künftige Preisbildung entsprechend seinen preislichen Vorstellungen durch entsprechende "Meinungsmache" beeinflussen möchte.

81) Informationen über die Einhaltung von Bruttopreisen können jedoch im Einzelfall den Schluß zulassen, der Empfehlende möchte auf diese Weise auf die Einhaltung der genannten Bruttopreise hinwirken. So auch Be lke, ZHR 1974, 415;

82) Merkblatt des BKartA, abgedr. in FiW 71 S.123;

83) FrankfKom. § 38 Rn. 79;

84) Müller-Gries-Giessler; §38 Rn. 45;

85) Be nisch, GRUR 75, 50 r.Sp.; FrankfKom. § 38 Rn. 80;

Es kann allerdings auch sein, daß sich der Hersteller bloß über die zukünftige Preisentwicklung irrt. Bei der Äußerung zukünftiger Preiserwartungen kommt es daher im besonderen Maße auf die Umstände des Einzelfalls an. So ist die Irrtumswahrscheinlichkeit bei Artikeln, die bereits gut auf dem Markt eingeführt sind, insbesondere wenn sie über ein relativ homogenes Händlernetz abgesetzt werden, erfahrungsgemäß erheblich geringer, als bei neuartigen Produkten und bei starker Inhomogenität auf der Handelsstufe. Zumindest in dem ersten Fall läßt sich die Äußerung überhöhter, künftiger Preiserwartungen als Kundgabe des für Empfehlungen typischen Beeinflussungswillens deuten.

Fraglich ist, ob auch eine klar als Meinungsäußerung gekennzeichnete Stellungnahme als eine verdeckte Empfehlung des sich Äußernden angesehen werden kann, wenn dieser seine durchaus zutreffende Meinung über zukünftige Preisentwicklungen darlegt, er also Preise nennt, die tatsächlich marktkonform sind.

Festzuhalten ist zunächst, daß auch von reinen Meinungsäußerungen Wirkungen auf das Verhalten der Angesprochenen ausgehen können⁸⁶⁾. Die reine Meinungsäußerung unterscheidet sich jedoch von der Empfehlung durch das Fehlen des Beeinflussungswillens. Dem Angesprochenen wird kein bestimmtes Verhalten vorgeschlagen. Es bleibt vielmehr diesem überlassen, seinerseits, unter Berücksichtigung der Meinungsäußerung zu entscheiden wie er sich verhalten will⁸⁷⁾. Beurteilt ein Hersteller die Wirtschaftslage in gleicher Weise wie die Händler, so kommt dadurch kein Beeinflussungswille des Herstellers zum Ausdruck. Im Gegenteil, da die Händler sowieso aufgrund eigener Überlegung und Entscheidung zu dem gleichen Ergebnis gelangen, bleibt für einen Beeinflussungswillen des Empfehlenden gar kein Raum mehr.

86) FrankfKom. § 38 Rn. 72;

87) FrankfKom. § 38 Rn. 70

Auch aus dem Gesichtspunkt des eigenen Interesses⁸⁸⁾ an der Befolgung seiner Meinungsäußerung ergibt sich kein Anhaltspunkt für das Vorhandensein eines Beeinflussungswillens. Selbst wenn man unterstellt, daß die sich abzeichnende Preisentwicklung tatsächlich im Interesse des Herstellers läge, wird dieser logischerweise keinen Entschluß fassen, die Preisbildung auf den folgenden Handelsstufen zu beeinflussen, wenn er erkennt, daß die gewünschte Situation bereits von selbst eintreten wird und somit eine Beeinflussung von seiner Seite her weder nötig, noch möglich ist.

Die zutreffende Äußerung über die zukünftige Preisentwicklung stellt demnach eine reine, kartellrechtlich nicht zu beanstandende Meinungsäußerung dar⁸⁹⁾, soweit sich der Wille des Erklärenden in der Übermittlung der Information erschöpft. Da der Erklärende in diesem Fall also ohne Empfehlungswillen handelt, darf dieses Verhalten ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht unter den Empfehlungsbegriff des GWB subsumiert werden. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Schutzzweck des Preisempfehlungsverbots. Dieses möchte wegen der wettbewerbsgefährdenden Wirkungen Preisnennungen untersagen, die sich als Versuch darstellen, die Preisbildung der nachfolgenden Stufen zu beeinflussen⁹⁰⁾. Der Gesetzgeber nimmt dabei generalisierend an, daß vertikale Preisempfehlungen an Warenabnehmer stets eine gewisse Bestimmungstendenz innewohne⁹¹⁾. Allein diese, für Empfehlungen charakteristische Bestimmungstendenz kann es verfassungsrechtlich rechtfertigen, die Meinungsäußerungsfreiheit zu beschränken.⁹²⁾ Fehlt jedoch, wie bei schlichten Meinungsäußerungen über die künftige erwartete Preisentwicklung, die marktkonform und ohne Hintergedanken und Empfehlungswillen geäußert werden, diese mögliche Gefährdung des Wettbewerbs, so ist

88) Langen, § 38 Rn. 9 S. 16; Giefers, PE S. 41 ff;

89) Weyhenmeyer, WRP 71,350; Lukes, JUS 62,217 1.Sp.
Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 47;

90) Belke, ZHR 1974, 418;

91) Belke, ZHR 1974, 419;

92) s.o. S. 12ff. der Diss.

ein Verbot vom Schutzzweck her gesehen weder erforderlich noch von ihm gerechtfertigt.⁹³⁾ Soweit derart marktkonforme Meinungsäußerungen keinen Empfehlungswillen erkennen lassen, erfüllen sie nicht den Empfehlungsbegriff des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12.

Auf Grund der hier angeführten Kriterien, die einzeln oder kumulativ herangezogen werden können, wird sich in der Praxis auch in den Fällen, in denen der Hersteller seinen Beeinflussungswillen nicht ausdrücklich äußert, mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen, ob der Hersteller mit dem für Empfehlungen charakteristischen Beeinflussungswillen gehandelt hat. Auf diese Weise können im Einzelfall Empfehlungen von Tatsachenmitteilungen und Meinungsäußerungen abgegrenzt werden.

3) Rechtliche Unverbindlichkeit

Empfehlungen sind ihrem Wesen nach rechtlich unverbindliche Erklärungen⁹⁴⁾, durch die der Empfehlende die Adressaten rein faktisch beeinflussen will. Die Empfehlungsempfänger brauchen demnach nicht mit rechtlichen Konsequenzen zu rechnen, wenn sie die Empfehlungen nicht befolgen, sondern unbeachtet lassen.

Auch aus dem in § 38a verwendeten Begriff "Unverbindliche Preisempfehlungen" kann nicht geschlossen werden, daß es auch rechtlich verbindliche Empfehlungen gebe⁹⁵⁾. Mit dieser scheinbar tautologischen Formulierung möchte der Gesetzgeber lediglich klarstellen, daß die Freistellungswirkung des § 38a nur für solche Empfehlungen gelte, die nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch unverbindlich sind, bei denen der Empfehlende also nicht versucht, sie mit tatsächlichen Druck durchzusetzen. Händler und Verbraucher sollen vielmehr durch den ausdrücklichen

93) Lieberknecht, GRUR 60, 356;

94) Huber, Empfehlungsverbot S. 52; BGH, WuW/E 370;

95) In diesem Sinn auch BGH, WuW/E 370; Hengstenberg, WuW 58,442, Fn. 10;

Unverbindlichkeitsvermerk daran erinnert werden, daß die Preisnennung lediglich einen unverbindlichen Preisvorschlag des Herstellers darstelle⁹⁶⁾.

Da also der Empfehlungsbegriff durch die rechtliche Unverbindlichkeit für die Adressaten gekennzeichnet ist, wird er dann nicht erfüllt, wenn die Empfänger dem Empfehlenden gegenüber keine eigene Entscheidungsfreiheit mehr besitzen, sie also seinen Anweisungen folgen müssen⁹⁷⁾. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Empfänger dem Anweisenden gegenüber aufgrund vertraglicher Pflichten oder sonstiger rechtlicher Bindungen verpflichtet sind, seinen Weisungen Folge zu leisten.

a) Angestellte und Vertriebsabteilungen:

Weisungen eines Herstellers, die dieser kraft seines betrieblichen Weisungs- und Organisationsrechts an angestellte Verkäufer und firmeneigene Vertriebsabteilungen erteilt, stellen aus diesem Grund keine Empfehlungen dar⁹⁸⁾.

b) Handelsvertreter, Kommissionäre und Agenten:

Ebensowenig können Weisungen an Handelsvertreter, Kommissionäre oder Kommissionsagenten, die für Rechnung des Herstellers verkaufen, als Empfehlungen angesehen werden⁹⁹⁾. Diese Personen sind im Rahmen ihres Geschäftsbesorgungsverhältnisses rechtlich verpflichtet, Weisungen ihres Geschäftsherrn zu befolgen¹⁰⁰⁾.

c) Wirtschaftlich abhängige Vertriebsunternehmen:

Bei Weisungen an wirtschaftlich abhängige Unternehmen, z.B. bei Weisungen eines Konzernführers an ein rechtlich selbständiges nachgeordnetes Ver-

96) Gutzler, WRP 73, 568 1.Sp.;

97) Frankf.Kom. § 38 Rn 69; Ehle, WuW 63, 986, der für die Empfehlungsempfänger eine "funktional selbständige Stellung im wirtschaftlichen Wettbewerb" fordert.

98) Benisch, Gem.Kom. §38a Rn. 22;

99) Frankf.Kom. §38 Rn. 69; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 22; Schwartz, Gem.Kom. § 15 Rn. 22

100) Baumbach-Duden, HGB § 48 Anm. 3F; BGH, WuW/E, 984, mit weit. Nachweisen.

triebsunternehmen kommt es auf Grad und Umfang der wirtschaftlichen Abhängigkeit an¹⁾.

Nur dann, wenn das wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis keinen Raum mehr für eigene Entscheidungen läßt, liegt keine unverbindliche Empfehlung, sondern eine rechtlich verbindliche Weisung vor²⁾.

d) Vertragshändler:

Dem gegenüber können im Verhältnis zwischen Hersteller und Vertragshändler sehr wohl kartellrechtlich relevante Empfehlungen ausgesprochen werden. Zwar wird der Vertragshändler durch den Vertragshändlervertrag in gewissem Maße in die Verkaufsorganisation des Herstellers eingegliedert³⁾. Seine rechtliche Selbständigkeit bleibt jedoch insofern gewahrt, als er die Waren des Herstellers in eigenem Namen, für eigene Rechnung und auf eigenes Risiko verkauft. Wegen § 15 darf er in der Freiheit der Gestaltung seiner Wiederverkaufspreise nicht beschränkt werden. Aufgrund dieser rechtlichen Ungebundenheit der Vertragshändler können Preisnennungen, die ein Hersteller ihnen gegenüber ausspricht, Preisempfehlungen darstellen.

4) Umstände, die keine Wesensmerkmale der Empfehlung sind

Angesichts der fehlenden gesetzlichen Definition des Empfehlungsbegriffs und der vielfach kritisierten zu großen Reichweite des Empfehlungsverbots, das auch volkswirtschaftlich durchaus wünschenswerte Äußerungen erfasse, werden in der Literatur unterschiedlichste Versuche unternommen, durch Einbeziehen zusätzlicher Begriffsmerkmale den Empfehlungsbegriff restriktiv auszulegen⁴⁾. Der BGH hat jedoch in seiner Entscheidung vom 14.1.1960 alle diese Meinungen zutreffender-

1) Ehle, WuW 63,987; Huber, Empfehlungsverbot S.55; Hengstenberg, WuW 58,580; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 22; Frankf.Kom. §38 Rn. 69;

2) Ehle, WuW 63,987;

3) Baumbach-Duden, HGB § 374 Anm. 9 A; P. Ulmer, Der Vertragshändler, S. 183 ff.,205;

4) Frankf.Kom. § 38 Tz.66;

weise abgelehnt, weil die zusätzlichen Merkmale mit dem Empfehlungsbegriff selbst nichts zu tun haben⁵⁾.

a) Empfehlungsgegenstand

Ein großer Teil der Literatur⁶⁾ möchte den Empfehlungsbegriff des § 38 Abs.1 Nr. 11 u. 12⁷⁾ dadurch einschränken, daß nur Erklärungen mit wettbewerbserheblichem Inhalt den Empfehlungsbegriff erfüllen. Demgegenüber stellt der BGH fest, daß auch Empfehlungen mit wettbewerbsneutralem Inhalt ihrem Charakter nach Empfehlungen bleiben. Sie werden jedoch vom Empfehlungsverbot deshalb nicht erfaßt, weil sie die sonstigen Tatbestandsmerkmale der Empfehlungsverbote des § 38 Abs.1 Nr. 11 u.12 nicht erfüllen⁷⁾. Zutreffend weist Langen daraufhin, daß diese Frage mehr dogmatischer als praktischer Natur ist, da es gleichgültig sei, ob gewisse Sachverhalte deshalb nicht in den Rahmen der Empfehlungsverbote des § 38 Abs.1. Nr. 11 u. 12 fallen, weil man sie bereits bei der Prüfung des Empfehlungsbegriffs ausscheidet, oder erst in einem späteren Stadium bei der Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale des Empfehlungsverbots⁸⁾. Der Allgemeinverständlichkeit des Gesetzes dürfte es jedoch förderlich sein, wenn man den kartellrechtlichen Empfehlungsbegriff möglichst nahe an der natürlichen Wortbedeutung hält und darauf verzichtet, ohne zwingende Notwendigkeit durch zusätzliche Merkmale einen spezifisch kartellrechtlichen Empfehlungsbegriff zu entwickeln.⁹⁾

5) BGH, WuW/E 370;

6) Pinder, DB 57,598; Stickrodt, DB 58,17; Huber, Empfehlungsverbot, S. 50 ; Krahe, WuW 60,483; Ehle, WuW 63,975-; Gieffers, PE S. 26; Rüdell, aaO. S. 12; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn 38;

7) BGH, WuW/E 370;

8) Langen § 38 Rn 9, S.17f;

9) so aber ausdrücklich Huber, aaO. S. 50;

b) Empfehlender und Empfehlungsadressat

Ein weiterer Versuch, den kartellrechtlichen Empfehlungsbegriff einzuschränken, wird dadurch vorgenommen, daß der Kreis derjenigen, die kartellrechtlich relevante Empfehlungen aussprechen und empfangen können, eingeschränkt wird. Danach soll eine Empfehlung nur dann vorliegen, wenn sie von einem oder mehreren wettbewerbsbeteiligten Unternehmen ausgeht und an mehrere wettbewerbsbeteiligte Unternehmen gerichtet ist¹⁰⁾. Diese Meinung findet jedoch im Gesetz keine Stütze. Das Gesetz hat im Gegensatz zu § 24 des Regierungsentwurfs (1957)¹¹⁾ den Kreis der Verbotsadressaten nicht näher eingegrenzt. Aus der umfassenden Formulierung "wer" geht hervor, daß es sich gegen jeden richtet, der Empfehlungen ausspricht, um auf die Empfänger einzuwirken¹²⁾. Auch die Formulierung des neu eingefügten § 38 Abs. 1 Nr. 12 spricht für diese Auffassung, da hier aus dem weiten Kreis der möglichen Empfehlungstäter durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale der Adressatenkreis enger gezogen wurde. Eine einschränkende Interpretation hinsichtlich des Kreises der Empfehlungsadressaten ist ebenfalls nicht veranlaßt.¹³⁾ Dieser wird durch die zusätzlichen Tatbestandsmerkmale der Empfehlungsverbote hinreichend abgegrenzt, sodaß eine Überfrachtung des kartellrechtlichen Empfehlungsbegriffs mit zusätzlichen Begriffsmerkmalen, die zu einer allzu großen Entfernung von der natürlichen Wortbedeutung führen würde, nicht sinnvoll und nicht notwendig erscheint.

10) Huber, Empfehlungsverbot, S. 51; Fikentscher, Preisempfehlung S. 60; Krahe, WuW 60, 482 f.;

11) Abgedruckt bei Huber, aaO. S. 15

12) so auch Ehle, WuW 63, 985; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 69

13) a.A. außer den oben genannten Ehle, WuW 63, 986 mit weitem Nachweisen.

c) Die Empfehlungswirkung

Eine weitere Meinung sieht Empfehlungen nur dann als gegeben an, wenn sie das Wettbewerbsverhalten der Empfänger in faktisch bindender Weise bestimmen¹⁴⁾, oder zumindest maßgebend beeinflussen¹⁵⁾. Auch diese Ansicht hat der BGH in der Entscheidung vom 14.1.1960 zutreffenderweise verworfen¹⁶⁾, in der er ausgeführt hat, daß die tatsächliche Bindungskraft keine Wesenseigenschaft der Empfehlung sei. Sie ist vielmehr nur eine mögliche Wirkung der Empfehlung und daher von dieser selbst zu unterscheiden¹⁷⁾. Empfehlungen können auch ohne Erfolg bleiben, ohne daß sie den Charakter einer Empfehlung verlieren. Entscheidend für das Vorliegen einer Empfehlung ist allein das subjektive Kriterium des Beeinflussungswillens¹⁸⁾. Der eingetretene Erfolg ist vielmehr ein Element des Umgeh unstatbestands.

II) Die Verbots- und Empfehlungsadressaten des
§ 38 Abs.1 Nr. 12

1) Die Verbotsadressaten

Das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 richtet sich gegen jeden, der Waren veräußert. Es erfaßt somit sowohl Hersteller als auch (Groß-) Händler und Importeure. Das Verbot richtet sich dagegen, daß der Veräußerer den Abnehmern für "seine" Waren-Wiederverkaufspreise empfiehlt. Diese Einschränkung auf "seine" Waren darf nicht in dem Sinn verstanden werden, daß der Veräußerer diese Waren selbst hergestellt, oder wie in § 38a Abs.1 mit einer Eigenmarke versehen haben muß. Ebensowenig muß er vorher

14) Huber, aaO. S. 55; Frankf.Kom. § 38 Tz 66; Schwartz, MA 58,510;

15) Lukes, JUS 62,217 1. Sp.

16) während er in der 4711-Entscheidung (BGH, WuW/E 254) noch zögerte, das Erordernis der faktischen Bindung abzulehnen.

17) BGH, WuW/E 370

18) Lieberknecht, GRUR 60, 356 1.Sp.; Fikentscher, PE S. 61;

Eigentümer der Waren geworden sein. Das Kriterium "seine Waren" besagt lediglich, daß der Veräußerer für alle diejenigen Waren, die er an seine Abnehmer liefert, keine Preisempfehlungen aussprechen darf. Damit knüpft der Gesetzgeber an die typische bisher übliche Wirtschaftspraxis an. Ob es demnach - wie Benisch (19) behauptet - einen "Schnitzer" des Gesetzgebers darstellt, daß § 38 Abs. 1 Nr. 12 nicht darüberhinausgehend auch Preisempfehlungen für fremde Waren - also Waren, die von Konkurrenten geliefert werden - verbietet, mag dahingestellt bleiben²⁰⁾. Hier dürfte es sich jedoch in erster Linie nicht um ein kartellrechtliches, sondern um ein Problem des unlauteren Wettbewerbs handeln.

2) Die Empfehlungsadressaten

Empfehlungsadressaten nach § 38 Abs. 1 Nr. 12 können alle vertikal nachgelagerten Absatzstufen sein, die die bezogenen Waren weiterveräußern. Werden Verbraucherpreisempfehlungen ausgesprochen, so sind zwar auch die Verbraucher Empfehlungsempfänger im natürlichen Sinn. Ihnen wird von den Empfehlenden mit Beeinflussungsabsicht nahegelegt, den genannten Preis für angemessen zu halten und diesen Preis zu akzeptieren²¹⁾. § 38 Abs. 1 Nr. 12 begrenzt jedoch den Kreis der kartellrechtlich relevanten Empfehlungsadressaten eindeutig nur auf Wiederverkäufer. Eine nur an die Endverbraucher gerichtete Verbraucherpreisempfehlung beinhaltet aber zugleich eine Empfehlung an die Händler, diesen Preis zu verlangen, da sie den Händlern regelmäßig gleichermaßen bekannt wird.²²⁾

19) Benisch, GRUR 75, 48 I. Sp.; und in Gem.Kom. § 38a Rn. 3;

20) vgl. dazu Belke, ZHR 1974, 244, der darauf hinweist, daß auch nach der Primärnorm des § 15 Vertragsbindungen unzulässig sind, wonach die Händler einen bestimmten Preis der Konkurrenzware eines anderen Herstellers unterbieten sollen.

21) a.A. Fikentscher, PE S. 56; Völp, WRP 73, 563 I. Sp.

22) so Fikentscher, PE S. 54; a.A. Völp, WRP 73, 560 I. Sp.;

Fraglich ist, ob § 38 Abs. 1 Nr. 12 im Gegensatz zu § 38 Abs. 1 Nr. 11 ("gleichförmiges Verhalten") schon dann eingreift, wenn die Preisempfehlung sich nur an einen Adressaten richtet. Benisch²³⁾ weist zutreffend darauf hin, daß die Verwendung des Plurals ("Abnehmern") allein noch nicht ausschließt, daß auch die nur an einen Abnehmer gerichtete Empfehlung nach § 38 Abs. 1 Nr. 12 verboten sei. Der Plural wird im Gesetz häufig angewendet, wenn damit nur die Unbestimmtheit der Zahl zum Ausdruck gebracht werden soll. Entscheidend sind jedoch Sinn und Zweck des Gesetzes. § 38 Abs. 1 Nr. 12 wurde vom Gesetzgeber eingefügt, um bereits Gefährdungen des freien Wettbewerbs zu verhindern, die durch das Aussprechen von vertikalen Preisempfehlungen eintreten können. Insofern setzt § 38 Abs. 1 Nr. 12 nicht voraus, daß bereits eine Beschränkung des Marktverhaltens eingetreten ist²⁴⁾. Eine Gefährdung des Wettbewerbs ist aber schon dann gegeben, wenn eine Preisempfehlung nur an einen einzigen Wiederverkäufer ausgesprochen wird. Insbesondere dann, wenn der Empfehlende sich bewußt nur an einen einzigen Wiederverkäufer wendet, der eine Preisführerschaft oder ähnlich bestimmende Stellung in seiner Branche besitzt, kann es sein, daß sich die Konkurrenten des Empfehlungsempfängers dessen Verhalten anpassen, auch wenn sie selbst nicht Adressaten der Preisempfehlung gewesen sind²⁵⁾. Da sich § 38 Abs. 1 Nr. 12 generell gegen die durch das Aussprechen von Preisempfehlungen resultierenden Wettbewerbsgefährdungen richtet, müssen auch Preisempfehlungen, die an einen einzelnen Wiederverkäufer gerichtet werden, als unzulässig angesehen werden²⁶⁾.

23) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 15

24) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 2

25) Huber, aaO. S. 72 f; Ehle, Diss. S. 98; vgl. auch Frankf. Kom. § 38 Tz. 112;

26) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 15;

III) Bestimmte Preise bzw. bestimmte Arten der Preisfest-
setzung

Das Empfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.12 richtet sich dagegen, bestimmte Preise oder bestimmte Arten der Preisfestsetzung zu empfehlen. Hierdurch wird mit Sicherheit der von der Wirtschaft hauptsächlich praktizierte Fall der Preisempfehlung erfaßt, bei der der Empfehlende einen bestimmten Preis empfiehlt. Umstritten ist es jedoch, ob auch die Fälle alternativer Preisstellung, die Nennung von Rahmenpreisen und die Nennung von Höchst- oder Mindestpreisen vom Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 erfaßt werden²⁷⁾. Es wird behauptet, das Verbot der Nummer 12 greife in diesen Fällen wegen mangelnder Bestimmtheit des Preises nicht ein.^{27a)} Diese Auffassung verkennt jedoch, daß das Gesetz nicht nur das Empfehlen "bestimmter Preise", sondern auch das Empfehlen " bestimmter Arten der Preisfestsetzung" verbietet. Unter einer Empfehlung bestimmter Arten der Preisfestsetzung muß man, sowohl vom Gesetzeswortlaut, als auch vom Gesetzeszweck her nicht nur die Empfehlung bestimmter Preisbestandteile, wie z. B. Gewinn-, Kosten-, und Kalkulationsaufschläge , oder Rabatte verstehen, sondern auch die Empfehlungen, den Wiederverkaufspreis aus bestimmten alternativen Preisen auszuwählen bzw. innerhalb eines bestimmten Preisrahmens anzusiedeln²⁹⁾. Alle diese Arten der Preisfestsetzung unterliegen demnach dem Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 ³⁰⁾. Auf das von Gutzler³¹⁾ herangezogene allgemeine Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 11 braucht demnach nicht zurückgegriffen zu werden.

27) Benisch, GRUR 75,47; Völp, WRP 73,566;

28) Kazmeyer, FIW 71, S. 80;

29) Belke, ZHR 1974, 415; jetzt auch Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 16

30) Kazmeyer, FIW 66, S. 101;

31) Gutzler, WRP, 73,568 r.Sp.;

27a) Wegen der mißverständlichen Gesetzesfassung erscheint es der Bundesregierung zweckmäßig, durch Änderung des § 38 Abs.1 Nr.12 klarzustellen, daß nur ein einziger, bestimmter Preis empfohlen werden darf. BT-Drucks. 8/703 S.19 Tz.44;

IV) Die Reichweite des Preisempfehlungsverbots des

§ 38 Abs. 1 Nr. 12

Wie Kazmeyer zutreffend feststellt, deckt das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 praktisch den gesamten Bereich der vertikalen Preisempfehlung ab³²⁾. Lediglich vertikale Preisempfehlungen für Dienstleistungen werden nicht vom § 38 Abs. 1 Nr. 12, sondern nur von § 38 Abs. 1 Nr. 11 erfaßt. Das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 gilt für alle Preisempfehlungen an Weiterveräußerer, gleichgültig, ob sie von Herstellern oder Händlern ausgesprochen werden. Es erfaßt gleichermaßen Handels- und Verbraucherpreisempfehlungen³³⁾. Während Preisempfehlungen für Nichtmarkenwaren ausnahmslos ordnungswidrig sind, fallen nur diejenigen Preisempfehlungen für Markenwaren unter das grundsätzliche Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12, die nicht alle Zulässigkeitsvoraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 38a Abs. 1 und 2 erfüllen. Soweit Preisempfehlungen entsprechend den vorstehenden Darlegungen unzulässig sind, können sie als Ordnungswidrigkeit in einem Ordnungswidrigkeitsverfahren sofort mit Geldbuße geahndet werden. Daneben oder statt dessen kann die Kartellbehörde unzulässige Preisempfehlungen auch im Untersagungsverfahren nach § 37a Abs. 2 durch Verbotsverfügung untersagen.³⁴⁾

32) Kazmeyer, FIW 66, S. 101 ;

33) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 5;

34) Kazmeyer, FIW 66, S. 107;

2. Kap. Das Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11

§ 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB lautet:

Ordnungswidrig handelt, wer " Empfehlungen ausspricht, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirken."

§ 38 Abs. 1 Nr. 11 soll somit sicherstellen, daß bestimmte, auf dem GWB beruhende Verbote nicht durch ein vom Empfehlenden initiiertes tatsächliches Verhalten der Empfehlungsempfänger umgangen werden. Für die Beurteilung des Umgehungstatbestandes des § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist demnach die Bestimmung des Umgehungsbegriffs von entscheidender Bedeutung. Im Anschluß an Lieberknecht³⁵⁾, Benkendorff³⁶⁾ und Hengstenberg³⁷⁾ kann die Umgehung definiert werden als:³⁸⁾

- zielgerichtetes Erstreben eines nach Sinn und Zweck des Gesetzes unerwünschten Erfolgs (= Verstoß gegen den Schutzzweck des Gesetzes)
- mit Mitteln, welche vom Wortlaut des Gesetzes nicht erfaßt werden.

Entscheidende Voraussetzungen einer Umgehung sind demnach:

1) Ein umgehungsfähiges Verbot

Damit eine Umgehung überhaupt möglich ist, muß eine Verbotsnorm vorliegen, die nicht nur ein bestimmtes Verhalten, oder eine bestimmte Gestaltungsform untersagt, sondern deren Schutzzweck darüberhinaus den Eintritt eines unerwünschten Erfolges verhindern will³⁹⁾.

2) Eine Umgehungshandlung

Mit der Umgehungshandlung versucht der Umgehungstäter durch Einsatz von Mitteln, die zwar nicht von dem Wort-

35) Lieberknecht, MA 58,233;

36) Benkendorff, WuW 54,147;

37) Hengstenberg, WuW 58,442;

38) ähnliche od. abweichende Begriffsdefinitionen bei:
Huber, aaO. 65; Fikentscher, PE S. 67; Giefers, PE S.73;
Ehle, WuW 64,308; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn.59;

39) BGH, WuW/E 254; Ehle, WuW 64,308;

laut des Verbotes erfaßt werden, die aber die gleichen Wirkungen hervorrufen können, den vom Gesetz mißbilligten Erfolg zu erreichen.

3) Der Umgehungserfolg

Die vollendete Umgehung ist durch den Eintritt des Umgehungserfolges gekennzeichnet, der darin besteht, daß gegen den Schutzzweck des Gesetzes in gleicher Weise verstoßen wird, wie durch die verbotene Handlung selbst.

Diese allgemeinen Kriterien einer Umgehung sind auch im Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 angesprochen. Dennoch stellt § 38 Abs. 1 Nr. 11 kein allgemeines Umgehungsverbot dar. Ein solches wäre auch im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, das gemäß § 3 OWiG für Ordnungswidrigkeiten sinngemäß gilt, unzulässig. § 38 Abs. 1 Nr. 11 greift vielmehr einen bestimmten wirtschaftspolitisch besonders bedeutsamen Fall heraus, daß nämlich kartellrechtliche Verbote durch Empfehlungen, die ein gleichförmiges, preisbindungsähnliches Verhalten der Empfehlungsempfänger bewirken, umgangen werden können. Insofern umreißt der Umgehungsstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 11 die ordnungswidrige Handlung mit hinreichender Bestimmtheit, sodaß ein Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gegeben ist⁴⁰⁾.

In den folgenden Darlegungen soll nünmehr untersucht werden, inwieweit vertikale Preisempfehlungen gegen den Umgehungsstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 11 verstoßen.

1) Existenz eines umgehungsfähigen Verbots

Gesetzliche Verbote, deren Umgehung in Betracht zu ziehen ist, sind diejenigen Vorschriften des GWB, die bestimmte Handlungen untersagen und damit den Eintritt eines bestimmten, unerwünschten Erfolgs verhindern wollen⁴¹⁾. Für vertikale Preisempfehlungen kommt wegen des bei Austauschbeziehungen regelmäßig fehlenden "gemeinsamen Zweckes" in erster Linie eine Umgehung des § 15 in Be-

40) BGH, WuW/E 372; Fikentscher, PE S. 51, Fn. 44; Frankf. Kom. § 38 Tz 67;

41) Frankf. Kom. § 38 Tz. 91;

tracht⁴²⁾).

1) Verbotscharakter der Norm

Für sich allein genommen, stellt § 15 keine Verbots-, sondern lediglich eine zivilrechtliche Unwirksamkeitsnorm dar⁴³⁾. In Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 ist es jedoch verboten, sich über die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit von Preisbindungsverträgen hinwegzusetzen. Dieses Verbot könnte durch empfehlungsbedingtes, gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger umgangen werden⁴⁴⁾.

2) Verbotsnorm mit darüberhinausgehendem Schutzzweck

Das GWB ist nach seiner gesamten Konzeption darauf ausgerichtet, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. In diesem Sinn heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs, das Gesetz solle "die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt".⁴⁵⁾ Insofern werden vertikale Preisbindungen deshalb untersagt, weil sie auf der gebundenen Handelsstufe wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeigen, die ähnlich wie ein Händlerkartell⁴⁶⁾ wirken. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck kann demnach kein Zweifel sein, daß das Gesetz nicht nur das Mittel - den Vertragschluß -, sondern auch den Erfolg, nämlich die Beschränkung des Wettbewerbs auf der Handelsstufe verhindern will⁴⁷⁾.

3) Schutzzweck des § 15 iVm. § 38 Abs. 1 Nr. 1

Der von § 15 mißbilligte Erfolg ist also die Beschränkung des Wettbewerbs auf den nachfolgenden Handelsstufen, die insbesondere durch Beschränkung

42) BGH, WuW/E 252; Fikentscher, PE S. 68; Emmerich, WbR, S. 89; Frankf.Kom. § 38 Tz. 112 a.E.;

43) Huber, aaO. S. 74; Giefers, PE S. 77;

44) so auch BGH, WuW/E 253; BGH, WuW/E 370; Huber, aaO. S. 75;

45) Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 1158, 2.WP, A I Einleitung;

46) Loos, BB 58, 1217 f.; Emmerich, WbR S. 90;

47) BGH, WuW/E 254;

des produktinternen Wettbewerbs zwischen Anbietern derselben Ware bzw. Marke gefördert wird⁴⁸⁾. Umstritten ist allerdings, wie der Schutzzweck definiert werden soll⁴⁹⁾.

- a) Eine Meinung geht davon aus, daß § 15 den Schutz des Marktmechanismus, also den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezwecke. Danach sollen die Wiederverkäufer in der Freiheit ihrer Preisgestaltung nicht eingeengt werden, damit die Selbststeuerung des Marktmechanismus funktionieren kann⁵⁰⁾. Der Schutz der individuellen Handlungsfreiheit des einzelnen sei lediglich Reflex des Wettbewerbsschutzes und Mittel zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs.
- b) Die zweite Meinung stellt dagegen den Individualschutz in den Vordergrund. § 15 untersage den Abschluß von Preisbindungsverträgen lediglich deshalb, um die individuelle Kalkulations- und Preisbildungsfreiheit der Abnehmer zu schützen⁵¹⁾. Mittelbar würden dadurch auch die Verbraucher geschützt, da ihnen hierdurch in der Regel die Möglichkeit gegeben wird, zwischen autonom kalkulierten Angebotsalternativen zu wählen.⁵²⁾
- c) Vermittelnde Meinungen versuchen beide Gesichtspunkte zu vereinen⁵³⁾.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kommt es auf die Frage des Schutzzwecks des § 15 insofern an, als sich aus dem Schutzzweck ergibt, welches der vom Gesetz mißbilligte Umgehungserfolg ist⁵⁴⁾.

48) Belke, ZHR 1974, 243 ff;

49) Schricker, RabelZ. 36, 326;

50) Würdinger, WuW 53, 726; ders. WuW 60, 313; Ballerstedt, JZ 56, 271; Stickrodt, WuW 57, 81; Benisch, DB 60, 1177; Frankf. Kom. § 35, Tz. 31;

51) Hengstenberg, WuW 58, 444; Krahe, WuW 60, 483; Fikentscher, PE S. 69; Ehle, WuW 64, 310; Schwartz, Gem. Kom. § 15 Rn. 2; BGH, WuW/E 254;

52) insbesondere Fikentscher, PE S. 69;

53) Günther, GRUR 58, 577; Brugger, WuW 59, 470; Königs, NJW 61, 1041, mit weiteren Nachweisen Fn 8; Gieffers, PE S. 55; Langen, § 15 Rn. 5; Rüdell, aaO. S. 9; Belke, ZHR 1974, 244;

54) Fikentscher, PE S. 68; Ehle, WuW 64, 320;

Würde man mit der individualrechtlich orientierten Theorie ausschließlich die individuelle Kalkulations- und Preisbildungsfreiheit der Anbieter als geschützt ansehen, so käme man - wie Ehle⁵⁵⁾ - zu dem Ergebnis, daß diese individuelle Preisbildungsfreiheit durch rechtlich und tatsächlich unverbindliche Preisempfehlungen nicht beeinträchtigt werden kann und somit § 15 nicht durch empfehlungsbedingtes, gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger umgangen werden kann.

Dies kann jedoch nicht richtig sein, weil selbst der freiwillige Abschluß eines Preisbindungsvertrags, d.h. der freiwillige Verzicht auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit der Wiederverkäufer von § 15 mißbilligt wird⁵⁶⁾. Daraus ergibt sich, daß § 15 zumindest auch den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezwecken muß. Zwar deutet der Wortlaut des § 15, der Verträge untersagt, die einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Preisgestaltung der Wiederverkaufspreise beschränken, eher auf einen individualrechtlichen Schutzcharakter der Vorschrift hin. Die Entscheidungsfreiheit der Wiederverkäufer dient jedoch, worauf Benisch⁵⁷⁾ zutreffend hinweist, lediglich als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für das Verbot von vertikalen Preisbindungen, stellt aber nicht, zumindest nicht das alleinige Rechtsschutzobjekt dieser Vorschrift dar. Das GWB ist in erster Linie ein wirtschaftspolitisches Instrument⁵⁸⁾, mit dem der freie Wettbewerb als notwendige Voraussetzung und "Motor" des marktwirtschaftlichen Systems vor Beschränkungen geschützt und damit dem Allgemeinwohl gedient werden soll⁵⁹⁾. Nur da, wo darüber hinaus der Einzelne in einer Bestimmung als geschützte Person, wenn auch neben allgemeineren Zwecken sichtbar im Vordergrund steht, kann ein individualrechtlicher Schutz bezweckt werden⁶⁰⁾. Ob

55) Ehle, WuW 64, 310;

56) vgl. Giefers, PE S. 56

57) Benisch, DB 60, 1177 Fn. 16; ebenso Frankf. Kom. § 35, Tz. 31

58) Frankf. Kom. § 35 Tz. 11;

59) Benisch, DB 60, 1176;

60) Frankf. Kom. § 35 Tz. 11; Leo, WuW 59, 487;

dies bei § 15 der Fall ist, ist eine Frage, die in Zusammenhang mit § 35 zu lösen ist, hier aber dahingestellt bleiben kann⁶¹⁾. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß § 15 - zumindestens auch den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezweckt. Dieses gesamtwirtschaftliche Anliegen wird auch überwiegend anerkannt⁶²⁾.

4) Die grundsätzliche Umgehungsfähigkeit des § 15 iVm. § 38 Abs.1 Nr.1

Sieht man den Schutzzweck des § 15 iVm. § 38 Abs.1 Nr. 1 darin, den Wettbewerb als Institution auf den nachfolgenden Handelsstufen zu schützen, so ergibt sich zwingend, daß dieser Schutzzweck grundsätzlich auch dadurch verletzt werden kann, daß sich die Händler freiwillig aufgrund einer unverbindlichen Preisempfehlung gleichförmig so verhalten, als ob sie verbotswidrig durch Preisbindungsvertrag dazu verpflichtet wären⁶³⁾. Das Verbot des § 15 iVm. § 38 Abs. 1 Nr. 1 ist demnach grundsätzlich geeignet, durch empfehlungsbedingtes Verhalten der Empfänger umgangen zu werden⁶⁴⁾. Im folgenden soll nunmehr die Umgehungshandlung des § 38 Abs. 1 Nr. 1 im einzelnen untersucht werden.

II) Die Umgehungshandlung des § 38 Abs. 1 Nr. 1

Die Umgehungshandlung wurde oben als Handlung charakterisiert, die zwar nicht gegen den Wortlaut des Gesetzes verstößt, mit der der Umgehungstäter aber gleichwohl versucht, den vom Gesetz mißbilligten Erfolg zu erreichen.

1) Kein Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes

Die Anwendung des Umgebungsverbots des § 38 Abs. 1 Nr. 1 ist demnach dann ausgeschlossen, wenn die Handlung bereits einen Verstoß gegen den Wortlaut selbst darstellt. § 15 iVm. § 38 Abs.1 Nr. 1 verbietet das

61) Für Schutzwirkung: Langen, § 15 Rn.5; dagegen: Frankf.Kom. § 35 Tz. 31; Leo, WuW 59,492;

62) Giefers, PE S.56 mit weiteren Nachweisen;

63) BGH, WuW/E. 254;

64) a.A. Gleiss, BB 58,432; Kracht, BB 58,456 f; Loos, BB 58,177 l.Sp.; Lutz, NJW 58,129 l.Sp.; Ehle, WuW 64,310;

Hinwegsetzen über die Nichtigkeit eines Preisbindungsvertrages. Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahmestande, d.h. durch wechselseitig übereinstimmende Willenserklärungen, die die Beteiligten mit dem Willen, sich rechtlich zu binden⁶⁵⁾, abgeben. Empfehlungen sind hingegen einseitige Erklärungen. Sie sind weder annahmbedürftig noch annahmefähig. Wenn der Empfehlungsempfänger die Empfehlung tatsächlich befolgt, so kann dies grundsätzlich nicht als schlüssige Annahmeerklärung angesehen werden⁶⁶⁾, weil sich darin weder ein rechtlicher noch ein faktischer Bindungswille äußert⁶⁷⁾. Bei Empfehlungen, auch bei befolgten, fehlt es also bereits am äußeren Tatbestand eines abgeschlossenen Vertrags⁶⁸⁾, sodaß ein unmittelbarer Verstoß gegen § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15 nicht in Frage kommt.

2) Die Umgehungshandlung als Mittel der Umgehung

Der Umgehungstäter setzt die Umgehungshandlung als Mittel ein, um den vom Gesetz mißbilligten Erfolg auch ohne die verbotene Handlung zu erreichen. Empfehlungen haben sich, trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit als hervorragendes Mittel zur Umgehung erwiesen⁶⁹⁾. Aus diesem Grund greift § 38 Abs. 1 Nr. 11 diesen Umgehungsfall als eigenen Umgehungstatbestand heraus und erhebt ihn zur Ordnungswidrigkeit⁷⁰⁾. § 38 Abs. 1 Nr. 11 sieht die verbotene Umgehungshandlung dann als gegeben an, wenn Empfehlungen ausgesprochen werden, die Umgehungen durch gleichförmiges Verhalten bewirken. Diese Ausdrucksweise, die sowohl an das Verhalten des Empfehlenden als auch an das der Empfehlungsempfänger anknüpft, hat zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten geführt.

65) Frankf.Kom. § 38 Tz. 18;

66) Giefers, PE S. 64;

67) so auch Benisch, WuW, 60, 354;

68) Auf den Streit um die genaue Definition des Vertragsbegriffs braucht daher hier nicht eingegangen zu werden. siehe dazu Frankf.Kom. § 38 Tz. 23;

69) BGH, WuW/E 371;

70) Langen, § 38 Rn. 12;

a) Worin ist die Umgehungshandlung zu sehen ?

(1) Von einer Meinung wird die Umgehungshandlung in dem gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsempfänger gesehen. So schreibt Huber⁷¹⁾! Die Empfehlung ist keine Umgehung, sondern sie bewirkt sie. Die Umgehung ist ein Handeln nicht des Empfehlenden, sondern der Empfehlungsadressaten⁷²⁾. Diese Meinung stützt sich insofern auf den Wortlaut des Gesetzes, als dieser besagt, daß die Umgehung durch gleichförmiges Verhalten bewirkt werden muß. Diese Meinung verkennt allerdings, daß § 38 Abs. 1 Nr. 11 kein generelles Umgehungsverbot aussprechen will und sich auch nicht gegen das gleichförmige Verhalten als solches richtet, sondern daß § 38 Abs. 1 Nr. 11 einen selbständigen Umgehungsstatbestand darstellt, der eine ganz bestimmte Umgehungshandlung verbietet. Diese von § 38 Abs. 1 Nr. 11 verbotene Umgehungshandlung ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes darin zu sehen, daß der Empfehlende bestimmte Empfehlungen ausspricht.

(2) Das Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 richtet sich jedoch - anders als das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 12 - auch nicht gegen die Empfehlung als solche⁷³⁾. Nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist das bloße Aussprechen von Empfehlungen noch nicht ordnungswidrig. Erst wenn diese zu einem bestimmten Erfolg geführt haben, greift § 38 Abs. 1 Nr. 11 ein. Das Umgehungsverbot ist demnach durch den Erfolg der gleichförmigen Befolgung qualifiziert⁷⁴⁾. Völp weist zutreffend daraufhin, daß⁷⁵⁾ zwar nach dem Sinn des Gesetzes schon unerwünscht sei, wenn der Hersteller durch Empfehlungen auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit seiner Abnehmer Einfluß nehme. Es sei jedoch Ausfluß des Opportunitätsprinzips, daß diejenigen Hersteller straflos bleiben, die mit ihren Empfehlungen ohne Erfolg waren⁷⁵⁾.

71) Huber, aaO. S. 66;

72) ebenso Hengstenberg, WuW 58,443; Hoth, WRP 58,296 f. Lutz, NJW 58,129 1.Sp.; Giefers, PE S. 75; Ehle, WuW 64,311, bb);

73) BGH, WuW/E 371; aA. Ehle, Diss. S. 28 m.w.Nachw. Fn29

74) Belke, ZHR 1974,417; Giefers, PE S. 83; Völp, WRP 58,330;

75) Völp, WRP 58,330, r.Sp.;

(3) Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Umgehungshandlung des § 38 Abs. 1 Nr. 11 darin zu sehen ist, daß der Empfehlende die Empfehlung bewußt undzielgerichtet als Mittel einsetzt, um den vom Gesetz mißbilligten Erfolg - das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger - das für sich betrachtet eine formale Wettbewerbsbeschränkung darstellt⁷⁶⁾, zu erreichen. Diese Umgehungshandlung, ist nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 allerdings erst dann ordnungswidrig, wenn sich der Erfolg des gleichförmigen Verhaltens der Empfehlungsadressaten auch tatsächlich eingestellt hat.

b) Umgehungstäter ist der Empfehlende

Obwohl die Empfehlung erst ordnungswidrig wird, wenn die Empfehlungsadressaten sie gleichförmig befolgen, ist Umgehungstäter allein der Empfehlende. Man kann sein Verhalten mit dem Fall der mittelbaren Täterschaft vergleichen. Hier wie dort bedient sich der Täter Dritter, die selbst weder Täter noch Mitäter sind, als Werkzeug, um einen vom Gesetz mißbilligten Erfolg zu erreichen. Der für die Empfehlung charakteristische Beeinflussungswille des Empfehlenden richtet sich gerade darauf, den vom Gesetz mißbilligten Zustand einer formalen Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen. Der Empfehlende hält auch durch die Empfehlung und die sie begleitenden Umstände den Geschehensablauf regelnd und beherrschend in Händen. In diesem Sinne stellt § 38 Abs. 1 Nr. 11 einen verselbständigten Tatbestand der mittelbaren Täterschaft dar. Das Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist demnach nicht akzessorisch⁷⁷⁾. Es stellt auch keinen Anstiftungstatbestand, auch nicht im weiteren Sinne dar⁷⁸⁾.

c) Einheitlichkeit des Begriffs der Umgehungshandlung

Ein Teil der Lehre weist nun daraufhin, daß der Begriff der Umgehungshandlung des § 38 Abs. 1 Nr. 11

76) Fikentscher, Wb S. 47;

77) so auch Fikentscher, PE S. 59;

78) so aber Gieffers, PE S. 75;

innerhalb derselben Vorschrift unterschiedlich ausgelegt werden müsse, je nachdem, ob eine Umgehung des § 1 oder des § 15 in Frage stehe⁷⁹⁾. Während für eine Umgehung des § 1 die Empfehlung die Ursache und das gleichförmige Verhalten das notwendige Mittel der Umgehung darstelle, müsse für eine Umgehung des § 15 Empfehlung und gleichförmiges Verhalten zusammen als Umgehungshandlung angesehen werden⁸⁰⁾. Ehle zieht daraus den Schluß⁸¹⁾, daß eine solche unterschiedliche Auslegung ein-und derselben Vorschrift nicht vertretbar sei, zumal § 38 Abs. 1 Nr. 11 eindeutig erkennen lasse, daß die Empfehlung nur als Anlaß der Umgehung gesehen werde. Da die gesamte Formulierung des § 38 Abs. 1 Nr. 11 darauf hindeute, daß der Gesetzgeber mit dem Umgehungsverbot nur eine Umgehung des Kartellverbots erfaßt wissen wollte⁸²⁾, lehnt Ehle die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 11 auf vertikale Preisempfehlungen generell ab⁸³⁾. Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht zutreffend. Wie oben dargelegt wurde, wird die Empfehlung von § 38 Abs. 1 Nr. 11 in soweit als ordnungswidrig angesehen, als der Empfehlende durch sie den Umgehungszustand bewirkt. Der Empfehlende benützt die Empfehlung also als Mittel, um die Empfehlungsadressaten als Tatmittler seiner Tat einzuspannen. Dies gilt sowohl für die Umgehung des § 1 als auch für die des § 15. Würde man - wie Ehle und Fikentscher dies tun⁷⁹⁾ - im Hinblick auf die Umgehung des § 1 das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsadressaten als Umgehungshandlung oder als Mittel der Umgehung ansehen, so wäre es in der Tat, wie der BGH ausführt⁸⁴⁾ unverständlich, warum das Gesetz das Verhalten der Empfehlungsempfänger

79) Fikentscher, PE S. 66; Ehle, WuW 64, 310 f.;

80) in diesem Sinne auch BGH, WuW/E 371, der ausführt: erst das Zusammenspiel der Empfehlung mit dem durch sie ausgelösten oder geförderten gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsadressaten schaffe die verbotswidrige Wettbewerbslage; daher gehöre beides zum Umgehungstatbestand;

81) Ehle, WuW 64, 310 f.

82) Frankf.Kom. § 38 Tz. 104;

83) Ehle, WuW 64, 312;

84) BGH, WuW/E 371;

nicht ebenso als ordnungswidrig ansieht und mit Geldbuße bedroht, wie das des Empfehlenden. Aus diesem Grunde kann auch im Hinblick auf die Umgehung des § 1 nur die Empfehlung als die, in § 38 Abs. 1 Nr. 11 verbotene Umgehungshandlung angesehen werden.

- d) Die Umgehungshandlung als objektive Herbeiführung des vom Gesetz mißbilligten Zustands

aa) Umgebungsbewußtsein der Empfehlungsadressaten ?

Ein Teil der Literatur geht davon aus, daß das gleichförmige Verhalten eine stillschweigende Abstimmung unter den Empfehlungsempfängern voraussetze⁸⁵⁾. Dies mag vom Standpunkt derjenigen konsequent sein, die die Umgehungshandlung nicht in einem Handeln des Empfehlenden, sondern der Empfehlungsadressaten sehen⁸⁶⁾. Mit der hier vertretenen Meinung läßt sich diese Annahme jedoch nicht vereinbaren.

bb) Erkennbarkeit des Empfängerkreises?

Mayer-Wegelin, der zwar den Empfehlenden als alleinigen Umgehungstäter ansieht⁸⁷⁾, stellt dagegen auf die Erkennbarkeit des Empfängerkreises als wesentliches Tatbestandsmerkmal ab. Erst wenn die Empfehlungsempfänger erkennen könnten, daß ihre Wettbewerber die Empfehlung ebenfalls empfangen haben, entfalte die Empfehlung ihre verführerische Wirkung⁸⁸⁾. Zwar wird eine derartige Erkennbarkeit des Empfängerkreises in der Regel gegeben sein, und zusammen mit dergleichen Interessenlage der Empfehlungsadressaten, für diese eines der Hauptmotive darstellen, weswegen sie die Empfehlung gleichförmig befolgen. Die Erkennbarkeit des Empfängerkreises stellt demnach zwar einen wichtigen Einflußfaktor für den Erfolg einer Empfehlung dar, sie kann jedoch nicht als begriffliches Merkmal des Umgehungstatbestands erhoben werden,

85) Huber, aaO. S. 73; Hengstenberg, WuW 58, 443;

86) Huber, aaO. S. 66; Hengstenberg, WuW 58, 443;

87) Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 27;

88) ders., Gem.Kom. § 38 Rn. 27, 28;

da der unerwünschte Umgehungserfolg auch dann verwirklicht werden kann, wenn mehrere Empfehlungsempfänger ohne Kenntnis des Empfängerkreises die Empfehlung gleichförmig befolgen⁸⁹⁾. Da die Umgehungshandlung allein der Empfehlende begeht, spielt das Innenverhältnis der Empfehlungsempfänger keine Rolle⁹⁰⁾. Insofern kann andererseits eine, wie auch immer geartete Verständigung zwischen den Empfehlungsadressaten, z.B. durch Absprache, gegenseitige Abstimmung oder auch nur das Wissen um das gemeinschaftliche Handeln die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 11 nicht ausschließen⁹¹⁾. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 Abs. 1 Nr. 11 einmal vor, so werden sie durch den Hinzutritt weiterer Abstimmungselemente nicht wieder ausgeräumt⁹²⁾.

cc) Keine faktische Bindung

Nach einer weiteren Meinung muß die Umgehungshandlung dadurch gekennzeichnet sein, daß sie die Empfänger in ihrer Entscheidungsfreiheit faktisch bindet⁹³⁾. Diese Theorie der faktischen Bindung oder Beschränkungstheorie, wie Benisch sie nennt, geht davon aus, daß es nicht Sinn des Umgehungsverbots sein könne, generell gleichförmiges Verhalten, sondern lediglich durch Wettbewerbsbeschränkung verursachtes gleichförmiges Verhalten zu verhindern. Eine Wettbewerbsbeschränkung fehle jedoch, wenn die Entschlußfreiheit der betreffenden Unternehmen zur beliebigen Variierung ihrer Angebotsbedingungen nicht angegriffen werde⁹⁴⁾. Die Gegenmeinung, die Theorie der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung oder Einflußtheorie genannt wird, stellt darauf ab, ob die Empfehlung eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfaltet.

89) Ehle, WuW, 64, 318, Fn. 61; Giefers, PE S. 70; Frankf.Kom. § 38, Tz. 112;

90) so im Ergebnis die h.M., Fikentscher, PE S. 67; Giefers, PE S. 70; Ehle, WuW 64, 317; Langen, § 38 Rn. 13; Rüdell, aaO.S. 20; Frankf.Kom. § 38/112

91) Rüdell, aaO. S. 20; Ehle, Diss. S. 124;

92) in diesem Sinn auch Frankf.Kom. § 38 Tz. 83

93) Lieberknecht, MA 58, 243; Huber, aaO. S. 36;

Benisch, WuW 60, 357 m.w.Nachw., Fn. 14;

94) Benisch, WuW 60, 358;

Sie setzt also lediglich Kausalität zwischen der Empfehlung und der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung voraus⁹⁵⁾.

Angesichts des oben dargelegten Schutzzweckes des GWB, den Wettbewerb als Institution wegen seiner volkswirtschaftlichen Funktion - der optimalen Versorgung der Allgemeinheit mit Gütern und Leistungen - zu schützen, verwundert es, daß die Theorie der faktischen Bindung eine Beschränkung des Wettbewerbs nur darin sehen will, wenn die individuelle Entschließungsfreiheit der Wiederverkäufer faktisch beschränkt wird. Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung, die das Kriterium der Wettbewerbsbeschränkung für die Beschränkungstheorie darstellt, sollen vor der eigentlichen Auseinandersetzung mit dieser Meinung, zunächst die Begriffe "Wettbewerb" und "Wettbewerbsbeschränkung" näher geklärt werden.

(1) Der Wettbewerbsbegriff

Die Wettbewerbsbeschränkung ist zunächst nichts weiter als die begriffliche Negierung des Wettbewerbs⁹⁶⁾. Im GWB sind weder die Begriffe "Wettbewerb" noch "Wettbewerbsbeschränkung" definiert worden. Es ist deshalb Aufgabe des Schrifttums, diese Begriffe zu definieren. Nach einer vielbeachteten Definition von Borchardt-Fikentscher⁹⁷⁾ ist Wettbewerb im Sinne des GWB zu verstehen, als "das selbständige Streben, sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen". Nach dieser Definition wird der Wettbewerb durch zwei wesentliche Kriterien gekennzeichnet.

95) Diese Meinung wird vertreten von Seidel, WRP 37, 255; Loos, BB 58, 177; Steindorff, JZ 59, 200; Fikentscher, PE S. 72; Ehle, WuW 64, 321. Dieser Meinung hat sich der BGH, der noch im 4711-Urteil seine endgültige Meinung dahinstehen ließ, nunmehr im Kohlenplatzhandelsurteil (WuW/E 372) angeschlossen.

96) Fikentscher, Wb. S. 30,

97) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktherrschaft S. 15;

- Einmal durch das selbständige Streben nach Geschäftsverbindungen mit den Kunden und
- zum anderen durch das Inaussichtstellen einer Leistung, die besser ist als die Leistung der Konkurrenten.

Aus der Sicht der einzelnen Mitbewerber ist das Inaussichtstellen besserer Leistungen das Mittel, mit dem der Wettbewerber zu seinem Ziel, zum Geschäftsabschluß gelangen möchte⁹⁸⁾. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist es genau umgekehrt. Hier ist das angestrebte Ziel die bestmögliche Versorgung der Allgemeinheit; das Mittel hierzu ist das selbständige Streben der Mitbewerber nach Geschäftsabschlüssen⁹⁹⁾. Der Eigennutz der Mitbewerber wird somit dem allgemeinen Besten nutzbar gemacht, wobei sich der eigene und der allgemeine Nutzen die Waage halten mögen¹⁰⁰⁾.

(2) Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung

Von diesem Wettbewerbsbegriff ausgehend, kann nunmehr der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung untersucht werden. Eine Beschränkung des Wettbewerbs kann entweder das eine oder das andere der beiden oben genannten Wettbewerbskriterien betreffen.

- Wird die Selbständigkeit des geschäftlichen Strebens der Mitbewerber verringert, verhindert oder beseitigt (also das Mittel, mit dem das volkswirtschaftliche Wettbewerbsziel erreicht werden soll) so werden dem Kunden weniger Angebotsalternativen geboten. Die Möglichkeiten der Kunden insbesondere der Konsumenten, auf günstigere Angebote ausweichen zu können, werden dadurch beschnitten¹⁾. Fikentscher nennt diese Fälle formale Wettbewerbsbeschränkungen.²⁾

98) Brugger, WuW 59, 477;

99) Fikentscher, Wb. S. 44; Brugger, aaO.;

100) Fikentscher, Wb. S. 44;

1) Fikentscher, PE S. 70;

2) Fikentscher, Wb. S. 47;

- Dem stellt Fikentscher die materielle Wettbewerbsbeschränkung gegenüber, die dann vorliegt, wenn die Wettbewerber aufgrund einer formalen Wettbewerbsbeschränkung weniger zu leisten brauchen, um den gleichen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen³⁾. Durch das Angebot weniger günstiger Geschäftsbedingungen, wird somit nicht nur eine Beeinträchtigung Dritter, sondern auch eine schlechtere Versorgung der Allgemeinheit bewirkt⁴⁾. Hier wird also das volkswirtschaftliche Wettbewerbsziel selbst tangiert. Materielle Wettbewerbsbeschränkungen setzen eine formelle Wettbewerbsbeschränkung voraus⁵⁾. Umgekehrt kann jedoch nicht gesagt werden, daß jede formale Wettbewerbsbeschränkung zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung führen muß. Fikentscher nennt als Beispiel die Typisierung von Angeboten durch Industrienormung, wodurch auch die selbstständige Variierung der Angebote teilweise eingeschränkt wird⁶⁾. Auch eine solche Maßnahme stellt eine formale Wettbewerbsbeschränkung dar, da die Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer beschränkt werden. Gleichwohl kann durch eine derartige Typisierung der Angebote unter Umständen die wirtschaftliche Versorgung der Allgemeinheit verbessert werden, sodaß in diesem Fall die formale Wettbewerbsbeschränkung einen förderlichen Einfluß auf das volkswirtschaftliche Wettbewerbsziel ausübt. Allerdings weist Fikentscher selbst darauf hin, daß derartige Ausnahmefälle selten sind⁷⁾. Maßnahmen, die formale Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, werden meistens auch zu materiellen Wettbewerbsbeschränkungen führen, da sie in der Regel gerade zu dem Zweck vorgenommen werden, um den Wettbewerbern eine größere Unabhängigkeit von den Kunden einzuräumen⁸⁾.

3) Fikentscher, Wb. S. 45, 117;

4) Brugger, WuW 59, 478;

5) Brugger, WuW 59, 481;

6) Fikentscher, Wb. S. 45;

7) Fikentscher, Wb. S. 46, 71;

8) Fikentscher, Wb. S. 118;

Wenn oben festgestellt wurde, daß es zumindest ein Hauptschutzzweck des GWB ist, den Wettbewerb als Institution zu schützen, so bedeutet das nach der nunmehr getroffenen Begriffsbildung, daß das GWB den Schutz des volkswirtschaftlichen Wettbewerbsziels im Auge hat, d.h. den Schutz vor materiellen Wettbewerbsbeschränkungen⁹⁾, die sich in einer schlechteren wirtschaftlichen Versorgung der Allgemeinheit äußern. Die formale Wettbewerbsbeschränkung, d. h. die Beschränkung des Mittels, mit dem das ökonomische Wettbewerbsziel erreicht werden soll, dient dem Gesetz jedoch vielfach als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt. Dies ist auch gerechtfertigt, da wie gesagt nach der Lebenserfahrung formale Wettbewerbsbeschränkungen regelmäßig zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung führen, zumindest eine erhebliche Gefährdung des ökonomischen Wettbewerbsziels darstellen.

In diesem Sinn ist auch das Preisbindungsverbot des § 15 aufgebaut. Zwar wird in § 15 - anders als in § 1 - das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung nicht ausdrücklich erwähnt. § 15 knüpft aber dennoch an das Kriterium der formalen Wettbewerbsbeschränkung an, da durch Preisbindungsverträge die Zahl derjenigen Händler der nachfolgenden Handelsstufen, die ihre Wiederverkaufspreise autonom, dh. selbständig nach Wettbewerbsgesichtspunkten kalkulieren, verringert werden. Da sich aufgrund des geringeren Wettbewerbsdrucks für die Händler die Möglichkeit ergibt, trotz gleicher Anstrengungen höhere Preise zu erzielen, führt diese formale Wettbewerbsbeschränkung erfahrungsgemäß auch zu einer schlechteren wirtschaftlichen Versorgung der Allgemeinheit und somit zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung¹⁰⁾. § 15 verbietet also eine Beschränkung des volkswirtschaftlichen Wettbewerbsmittels, um die Sicherung des Wettbewerbsziels - das eigentliche Schutzobjekt des GWB - zu gewährleisten.

9) Fikentscher, Wb. S. 70,77; Brugger, WuW 59,478; Ehle, WuW 64,324;

10) In diesem Sinn spricht auch Schwartz, Gem. Kom. vor § 15 Rn. 1 von Individualverträgen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung; ebenso Langen, vor § 15 Rn. 1;

(3) Die Auseinandersetzung mit der Theorie der faktischen Bindung

Auf dem Hintergrund dieser Begriffsbestimmungen läßt sich nunmehr die Frage beantworten, ob das Umgehungsverbot generell gleichförmiges Verhalten verhindern will, oder - wie die Beschränkungstheorie behauptet - nur dasjenige gleichförmige Verhalten, das durch faktisch bindende Empfehlungen verursacht wurde.

Dazu ist zunächst festzustellen, daß auch vom Standpunkt der Einflußtheorie nicht jegliches gleichförmiges Verhalten von dem Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 erfaßt wird. Nicht erfaßt wird Zufälliges und auf autonomem Entschluß der betreffenden Wiederverkäufer beruhendes, gleichförmiges Verhalten, sofern die Empfehlung keinen Einfluß auf die Entscheidung der Wiederverkäufer hatte. In diesem Fall fehlt bereits die erforderliche Kausalität zwischen Empfehlung und gleichförmigem Verhalten¹¹⁾.

Fraglich bleibt, ob das Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 eine Wettbewerbsbeschränkung in Form einer faktisch bindenden Empfehlung voraussetzt - so die Beschränkungstheorie - oder ob eine Beeinflussung durch schlichte Empfehlungen genügt - so die Einflußtheorie.

Sowohl die faktisch bindenden, als auch die schlichten Empfehlungen stellen nach der oben gegebenen Definition wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen dar, da sie darauf gerichtet sind, durch aktive Koordination seitens des Empfehlenden das selbständige Streben der Mitbewerber auf den nachfolgenden Marktstufen zu verringern, zu verhindern oder zu beseitigen¹²⁾. Beide Meinungen setzen also voraus, daß das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger durch eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme im Sinne der oben gegebenen Definition verursacht worden ist, nämlich durch die Empfehlung

11) Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 28; BGH, WuW/E 372;

12) Fikentscher, Wb. S. 47;

des Empfehlenden. In diesem Sinne spricht der BGH zurecht von "wettbewerbsbeschränkenden Empfehlungen"¹³⁾. Die Beschränkungs- und die Einflußtheorie unterscheiden sich also im Grunde gar nicht durch das Kriterium der Wettbewerbsbeschränkung, sondern lediglich durch die Intensität dieser Wettbewerbsbeschränkung. Die Beschränkungs- theorie, die eine rechtlich relevante Wettbewerbs- beschränkung erst dann annimmt, wenn einzelne Adressaten faktisch gebunden werden, betont damit stärker den Individualschutz. Demgegenüber sieht die Einflußtheorie eine Wettbewerbsbeschränkung bereits dann als gegeben an, wenn durch Empfehlungen auch nur irgendein Einfluß auf die Selbständigkeit der EntschlieÙung der Adressaten ausgeübt wird. Die Einflußtheorie trägt damit dem als ein Haupt- anliegen des GWB erkannten Ziel, den Wettbewerb als Institution zu schützen, in höherem Maße Rechnung. Sie berücksichtigt in zutreffender Weise auch die Tatsache, daß der Wettbewerb als Institution schon dadurch beeinträchtigt werden kann, daß sich die Wiederverkäufer freiwillig und aus eigenem Interesse den empfohlenen Preis zu eigen machen¹⁴⁾. Die Theorie der faktischen Bindung ist insofern zu eng, als sie nur die zwar besonders intensiven, Wettbewerbsbeschränkungen der faktisch bindend wirkenden Empfehlungen erfaßt, nicht aber die im Wirtschaftsleben wesentlich häufigeren und somit wirtschaftspolitisch erheblich gefährlicheren Wettbewerbsbeschränkungen durch schlichte Empfehlungen. Das Kriterium der "faktischen Bindung" ist demnach als allgemeines Merkmal des Umgehungsbegriffs abzulehnen¹⁵⁾.

13) BGH, WuW/E, 252; BGH, WuW/E 370; .

14) Fikentscher, Preisempfehlung S. 72;

15) so auch Fikentscher, PE S. 72;

dd) Die Kausalität der Empfehlung

Die Empfehlung, mit der der Empfehlende die Umgehung des gesetzlichen Verbots erreichen will, muß kausal werden für das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsadressaten.

(1) Fraglich ist, nach welcher Kausalitätslehre der ursächliche Zusammenhang zu beurteilen ist. Zur Beantwortung dieser Frage sollte man sich vor Augen halten, daß § 38 Abs. 1 Nr. 11 kein reiner Ordnungswidrigkeitstatbestand ist. Diese Bestimmung spricht vielmehr zunächst das materielle Verbot aus¹⁶⁾, an dessen Verletzung der Strafausspruch vollinhaltlich anknüpft¹⁷⁾. Die Ordnungswidrigkeit wird also nicht an einem gesonderten Tatbestand geprüft, in dem die im Strafrecht geltende Äquivalenztheorie gelten würde, sondern sie ergibt sich automatisch mit der Verletzung des materiellen Verbots. Im Rahmen des § 38 Abs. 1 Nr. 11 gilt daher allgemein die Adäquanztheorie¹⁸⁾. Allerdings sind bei der Beurteilung der Adäquanz strenge Maßstäbe anzulegen.¹⁹⁾

(2) Fehlende Kausalität

Die erforderliche Kausalität der Empfehlung kann einmal fehlen, wenn die Adressaten bereits zu einem entsprechendem Verhalten entschlossen waren, oder sich sogar schon so verhalten haben²⁰⁾. Zum anderen kann die Kausalität dann fehlen, wenn die wirtschaftliche Notwendigkeit für ein bestimmtes Verhalten spricht. In diesem Fall wird in der Regel der Nachweis schwierig sein, daß sich die Unternehmer nicht in Erkenntnis dieser Notwendigkeit aufgrund eigener Entscheidung entschieden

16) BGH, WuW/E 252;

17) Ehle, Diss. S.95;

18) Ehle, Diss. S.95; Huber, aaO S.68; Giefers, aaO S.76;

19) Ehle, Diss. S.96;

20) BGH, WuW/E 372; Huber, aaO S.69; Frankf.Kom. § 38 Tz.113; Mayer-Wegelin, Gen.Kom. § 38 Rn 28;

haben²¹⁾. Nicht erforderlich ist, daß die Empfehlung die alleinige Ursache war.²²⁾ Es genügt, wenn sie als wesentlicher Faktor neben andere trat. Insofern wird die Kausalität nicht ausgeschlossen, wenn die Empfehlungsempfänger mit der Befolgung überwiegend eigene Interessen verfolgen, oder nur aus Bequemlichkeit oder Unfähigkeit selbst zu kalkulieren, handeln²³⁾. Es genügt, wenn die Empfehlung den Entschluß bestärkend fördert (Beeinflussungstheorie)²⁴⁾.

(3) Beweisregeln

Die Beweislast für die Kausalität der Empfehlung und für die Adäquanz liegt bei den staatlichen Verfolgungsbehörden²⁵⁾. Befolgt ein Adressat eine Empfehlung, so spricht allerdings eine tatsächliche Vermutung dafür, daß er sich aufgrund der Empfehlung so verhalten hat. In diesem Fall kann die Kausalität der Empfehlung nach allgemeiner Lebenserfahrung prima facie angenommen werden²⁶⁾. Wenn jedoch Anhaltspunkte vorliegen, die im Einzelfall auf das Fehlen der Kausalität hindeuten, fällt diese prima-facie-Regel weg. Es ist dann Sache der zuständigen Behörden, durch entsprechende Beweismittel dazutun, daß die Empfehlung für das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger ursächlich geworden ist. Fehlt es an der Kausalität der Empfehlung, so hat der Empfehlende die Umgehung nicht bewirkt; es kann dann von einer Ordnungswidrigkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 11 keine Rede sein²⁷⁾.

-
- 21) Huber, aaO. S. 69; BKartA Tb. 1961, S. 48; Frankf.Kom. § 38 Tz. 113;
22) Giefers, PE S. 76; Frankf.Kom. § 38 Tz. 113; Langen, § 38 Rn. 14, S. 28;
23) Fikentscher, PE, S. 65; BGH, WuW/E 372;
24) BGH, WuW/E 372;
25) Huber, aaO. S. 68; Weyhenmeyer, WRP 71,352; Langen, § 38, Rn. 14, S. 28;
26) Huber, aaO. S. 69; Ehle, Diss. S. 96; a.A. Benisch, DB, 57,792;
27) Huber, aaO. S. 69;

II) Der Umgehungserfolg des § 38 Abs. 1 Nr. 11

Eine Umgehung wird durch den Eintritt des Umgehungserfolgs vollendet. Dieser ist darin zu sehen, daß gegen den Schutzzweck des Gesetzes in gleicher Weise verstoßen wird, wie durch die verbotene Handlung selbst. Auch der verselbständigte²⁸⁾ Umgehungstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 11 setzt den Eintritt eines Umgehungserfolgs voraus. Dieser Erfolg, der die Empfehlung zu einer Ordnungswidrigkeit macht, ist nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 dann gegeben, wenn die Empfehlung ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger bewirkt hat.

1) Der Begriff des gleichförmigen Verhaltens

Gleichförmiges Verhalten ist eine objektiv im wesentlichen übereinstimmende Handlungsweise von Unternehmen im Geschäftsverkehr, z.B. bei der Gestaltung der Preise, Geschäfts- und Lieferungsbedingungen²⁹⁾. Auf dem Markt tritt dadurch ein Zustand der Gleichförmigkeit ein.³⁰⁾

a) Kriterien des empfehlungsbedingten, gleichförmigen Verhaltens

(1) Gleichförmiges Marktverhalten ist nur möglich, wenn sich eine Mehrzahl von Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe gleichartig verhält³¹⁾. Befolgt ein einzelnes Unternehmen über längere Zeit hinweg eine Empfehlung, so verhält es sich "gleichmäßig", aber nicht "gleichförmig"³²⁾. Gleichförmiges Verhalten ist demnach nur dann gegeben, wenn wenigstens zwei Marktteilnehmer das gleiche Marktverhalten praktizieren³³⁾. Damit aber am Markt der Zustand der Gleichförmigkeit spürbar wird, wird man fordern müssen, daß ein wesentlicher Teil der Marktteilnehmer

28) Fikentscher, PE S. 59, Giefers, PE S. 72; Langen, § 38 Rn. 12, S. 23, 25;

29) Frankf.Kom. § 38 Tz. 112;

30) Ehle, WuW 64, 315;

31) Huber, aaO. S. 71;

32) Ehle, WuW 64, 316;

33) so BGH, WuW/E 371; Fikentscher, PE S. 65; Giefers, PE S. 70; Gutzler, BB 64, 109; Frankf.Kom. § 38 Tz. 112; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 65;

sich gleichförmig verhält³⁴⁾). Voraussetzung³⁵⁾ ist zwar nicht, daß die Empfehlung von allen³⁵⁾ oder auch nur von einem überwiegenden Teil³⁶⁾ der Empfehlungsempfänger beachtet wird. Andererseits darf aber der Anteil der Empfehlungsadressaten, die sich nach der Empfehlung richten, sowie deren Anteil am Gesamtvolumen des Umsatzes in der betreffenden Branche für den Markt nicht gänzlich unerheblich sein³⁷⁾.

(2) Von einer gleichförmigen Befolgung einer Empfehlung kann nicht nur dann gesprochen werden, wenn sie genau befolgt wird. Es genügt vielmehr, wenn sie ihrem wesentlichen Inhalt nach, wenn auch mit kleinen sachlichen Abweichungen befolgt wird.³⁸⁾ Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

(3) Zum Begriff der Gleichförmigkeit gehört auch, daß sich die Marktteilnehmer im wesentlichen zur gleichen Zeit einheitlich verhalten³⁹⁾, da sich sonst der Markt nicht in dem Zustand der Gleichförmigkeit befindet.

(4) Empfehlungsbedingtes, gleichförmiges Verhalten ist nicht nur dann gegeben, wenn sich ein wesentlicher Teil der "Empfehlungsadressaten" gleichförmig verhält. Auch dann, wenn die Empfehlung nur gegenüber wenigen Unternehmen ausgesprochen wird, sich aber andere Unternehmen dem gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsempfänger anschließen, ist ein empfehlungsbedingtes, gleichförmiges Verhalten gegeben⁴⁰⁾.

(5) Nicht erforderlich für den Begriff des gleichförmigen Verhaltens ist - wie bereits oben dargelegt wurde - ein Bewußtsein des gemeinschaftlichen Verhaltens unter den Empfehlungsempfängern⁴¹⁾. Der

34) Langen § 38 Rn 13; Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn.28

35) So aber Marcetius, WRP 58,229;

36) so LG Köln, BB 58,462 I.Sp.;

37) Langen § 38 Rn. 13; Lieberknecht, MA 58,244; Völz, WRP 58,330; Huber, aaO. S.71; a.A. Fikentscher, PE S. 65;

38) Frankf.Kom. § 38 Tz. 112; Giefers, PE S. 70; zweifelnd Müller-Gries-Giessler § 38 Rn. 65;

39) Giefers, PE S. 70;

40) Huber, aaO. S. 72 f; Ehle, Diss. S. 98; vgl. Auch Frankf.Kom. § 38 Tz. 112;

41) siehe oben S. 60 ff und Frankf.Kom. § 38 Tz. 112;

Begriff des gleichförmigen Verhaltens ist demnach rein objektiv zu verstehen.

b) Mögliche Ursachen des gleichförmigen Verhaltens

Ein gleichförmiges Verhalten der Marktteilnehmer kann grundsätzlich zwei verschiedene Ursachen haben⁴³⁾. Einmal kann es sich dann einstellen, wenn sich die Wettbewerber infolge scharfen Wettbewerbs kraft ihrer eigenen autonomen Entscheidung einem bestimmten, sich durchsetzenden Marktpreis anschließen. Zum anderen kann sich ein gleichförmiges Verhalten der Marktbeteiligten auch dann ergeben, wenn diese freiwillig oder erzwungenermaßen auf autonomes Marktverhalten verzichten. In diesem Fall stellt das gleichförmige Verhalten eine (formale) Wettbewerbsbeschränkung dar. Zu verhindern, daß durch Empfehlungen derartige Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt werden, ist Aufgabe und Zweck des § 38 Abs. 1 Nr. 11.

2) Die Umgehungsfähigkeit des § 15 durch gleichförmiges Verhalten

- a) Einige Autoren bestreiten, daß vertikale Preisempfehlungen überhaupt von dem Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 erfaßt werden können, weil für die Umgehung der vertikalen Preisbindung des § 15 .- anders als bei § 1 - ein gleichförmiges Verhalten nicht erforderlich sei, da § 15 schon dann umgangen werde, wenn nur ein Empfehlungsempfänger die Empfehlung befolge⁴⁴⁾. § 38 Abs. 1 Nr. 11 erfasse demnach lediglich Umgehungen durch horizontale, nicht[?] aber durch vertikale Empfehlungen.
- b) Diese Meinung übersieht jedoch, daß vertikale Preisbindungen in der Regel nicht nur mit einem einzigen, sondern mit einer Vielzahl von Unternehmen der nachfolgenden Handelsstufe abgeschlossen werden. Dadurch

43) Benisch, WuW 60, 358;

44) Kracht, BB 58, 465 r. Sp.; Gleiss, BB 58, 432 Fn. 13; Loos, BB 58, 177 und 1218; Lutz, NJW 58, 129; insbesondere Ehle, WuW 64, 310 ff;

entfalten diese vertikalen Preisbindungen auf der Stufe der Gebundenen horizontale Wirkungen⁴⁵⁾. Gerade gegen diesen Horizontaleffekt der vertikalen Preisbindung, gegen diese formale Wettbewerbsbeschränkung durch Verringerung der Wettbewerbsintensität auf der nachfolgenden Handelsstufe, richtet sich der Schutzzweck des § 15⁴⁶⁾, jedenfalls soweit man durch § 15 zumindest auch den Wettbewerb als Institution als geschützt ansieht. Gegen diesen so verstandenen Schutzzweck des § 15 wird aber spürbar erst durch ein gleichförmiges Verhalten mehrerer Wiederverkäufer und nicht schon durch die Befolgung einer Empfehlung durch einen einzelnen verstoßen. Insofern ist es konsequent, wenn das selbständige Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 11 nicht nur horizontale, sondern auch vertikale Empfehlungen erst dann verbietet, wenn bereits durch das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger eine nennenswerte, formale Wettbewerbsbeschränkung eingetreten ist⁴⁷⁾. Nach dem Sinn des Gesetzes ist es zwar schon unerwünscht, wenn ein einzelner Händler eine vertikale Empfehlung befolgt. Das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs, wird jedoch erst dann berührt, wenn die Empfehlungen zu einem gleichförmigen, den Wettbewerb vermeidenden Verhalten mehrerer Händler geführt haben. Es ist Ausfluß des Opportunitätsprinzips, daß diejenigen Hersteller straflos bleiben, die mit ihren Empfehlungen ohne Erfolg waren⁴⁸⁾. Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß das Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 11 auf vertikale Empfehlungen keineswegs ausschließt. Vertikale Empfehlungen

45) Huber, aaO. S. 99; Giefers, PE S. 93;

46) BGH, WuW/E 254; Steindorff, JZ 59,199 r.Sp.; Giefers, PE S. 93;

47) in diesem Sinn auch BGH, WuW/E 372, der darauf hinweist, daß die Umgehung des Verbots des § 38 Abs. 1 Nr. 1 erst durch die tatsächliche Wirkung - das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger - sichtbar wird.

48) Völp, WRP 58,330 r. Sp.;

können durchaus ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger hervorrufen und durch diese (formale) Wettbewerbsbeschränkung ähnlich wie die vertikale Preisbindung gegen den Schutzzweck des § 15 i.V.m. § 38 Abs.1 Nr.1 verstoßen.

IV) Der subjektive Tatbestand des § 38 Abs.1 Nr.11

Ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.11 ist nur dann ordnungswidrig, wenn der Empfehlende vorsätzlich handelt, weil diese Vorschrift keine andere Schuldform vorsieht (vgl. § 10 OWiG 75). Der Empfehlende muß demnach alle Tatbestandsmerkmale kennen und sie verwirklichen wollen⁴⁹⁾.

- 1) Der Vorsatz muß sich einmal darauf richten, bewußt und gewollt eine Empfehlung auszusprechen⁵⁰⁾. Erforderlich für den Empfehlungsvorsatz ist demnach der Wille, den Angesprochenen im Sinne der Empfehlung zu beeinflussen. Wie oben dargelegt⁵¹⁾, wird der Beeinflussungswille des Empfehlenden nicht nur dann erkennbar, wenn er dem Adressaten gegenüber ausdrücklich geäußert wird. Er kann sich auch daraus ergeben, daß der Empfehlende bewußt Umstände ausnützt, die die Durchsetzung der Empfehlung begünstigen⁵²⁾. Diese Umstände werden dem Empfehlenden allerdings nur dann zugerechnet, wenn er sie bewußt ausnützt oder sie zumindest billigend in Kauf nimmt (dolus eventualis)⁵³⁾.
- 2) Der Vorsatz des Empfehlenden muß sich andererseits darauf richten, daß er durch das von ihm veranlaßte gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger eine Verbots-umgehung bewirkt. Ebenso wie der mittelbare Täter alle Umstände kennen muß, die seine Tat zu einer strafbaren Handlung machen, muß auch der Empfehlende im Fall des § 38 Abs. 1 Nr. 11 die Merkmale der Umgehung in sein Bewußtsein aufnehmen. Er muß insbesondere wissen, daß

49) Langen § 38 Rn. 15;

50) Huber, aaO. S.70;

51) s.o. S. D 19ff.

52) Völp, WRP 58,329 1.Sp.

53) Völp, WRP 58,329 r.Sp.; a.A. Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 70, der "Absicht" fordert, was allerdings dem umfassenden Schutzzweck des § 38 Abs. 1 Nr. 11 nicht gerecht wird. Wie hier auch Fikentscher, PE S. 64; Langen § 38 Rn. 15;

dem von ihm empfohlenen Verhalten ein Verbot - nämlich das Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15, sich über die Unwirksamkeit von Preisbindungsverträgen hinwegzusetzen - entgegensteht, und daß durch die gleichförmige Befolgung seiner Empfehlung gegen den Sinn dieses Verbotes verstoßen wird⁵⁴⁾.

Nach einer anderen Meinung braucht sich der Vorsatz des Empfehlenden nicht auf die Gesetzesumgehung, sondern lediglich auf die Empfehlung selbst zu beziehen⁵⁵⁾.

Der Erfolg der Empfehlung sei kein vom Täter zu verwirklichendes Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit⁵⁶⁾. Diese

Meinung erkennt jedoch, daß objektive Bedingungen der Strafbarkeit nur diejenigen Umstände sind, die zwar materielle Voraussetzung des staatlichen Strafanspruchs sind, aber nicht das Tatumrecht mitbegründen⁵⁷⁾. Bei

dem Umgehungstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist dies jedoch nicht der Fall. Diese Vorschrift verbietet Empfehlungen nur deshalb, weil sie bzw. wenn sie eine Umgehung bewirken. Weder die ansonsten im Rahmen des § 38 Abs. 1 Nr. 11 zulässige Empfehlung, noch das gleichförmige Verhalten, sondern gerade die Tatsache, daß der Empfehlende durch seine Empfehlung eine Umgehung des Preisbindungsverbots bewirkt, geben der Tat ihren Unrechtscharakter. Insofern muß sich der Vorsatz des Empfehlenden insbesondere darauf richten, eine Verbots-umgehung zu bewirken⁵⁸⁾. Eine objektive Bedingung ist das gleichförmige Verhalten nur insoweit, als hierfür kein Bewußtsein der Gleichförmigkeit gefordert wird⁵⁹⁾.

Soweit vertikale Preisempfehlungen für markierte Waren nicht (oder nicht mehr) alle Freistellungsvoraussetzungen des § 38a erfüllen, muß für eine Ordnungswidrigkeit auch das Fehlen oder der Wegfall dieser Voraussetzungen vom Vorsatz des Empfehlenden umfaßt sein (§ 10 OWiG)⁶⁰⁾.

54) Ähnlich Frankf.Kom. § 38 Tz. 115, der allerdings den Empfehlenden mit einem Anstifter vergleicht.

55) Stark, BB 61,886; Fikentscher, PE S. 64;

56) so auch Ehle, Diss. S. 27;

57) Dreher, StGB § 16 Rn. 2 F;

58) so auch Giefers, PE S. 83; Frankf.Kom. § 38 Tz. 115;

59) siehe oben S. D 60;

60) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 19;

3. Kap. Der Mitwirkungstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 10

Der Mitwirkungstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 10 lautet:

Ordnungswidrig handelt, wer "durch Empfehlungen daran mitwirkt, daß eine der in den Nummern 1 bis 9 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen wird".

Es stellt sich die Frage, ob der Hersteller durch das Ausprechen von vertikalen Preisempfehlungen gegen § 38 Abs. 1 Nr. 10 verstoßen kann. Dies ist dann zu bejahen, wenn er durch seine Empfehlung dazu beiträgt, daß seine Abnehmer eine der im § 38 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 genannten Ordnungswidrigkeiten begehen.

1) Die Mitwirkungshandlung des § 38 Abs. 1 Nr. 10

Der Begriff des "Mitwirkens" ist weiter als der Begriff des "Anstiftens". Er erfaßt auch Beihilfehandlungen zu ordnungswidrigen Handlungen der Empfehlungsempfänger⁶¹⁾.

Das Wort "mitwirken" bringt zum Ausdruck, daß § 38 Abs. 1 Nr. 10 auch dann erfüllt sein kann, wenn zwar nicht die Initiative von dem Empfehlenden ausgeht, die Empfehlung aber den bereits vorhandenen Entschluß der Empfehlungsadressaten zu einer Ordnungswidrigkeit unterstützt⁶²⁾.

§ 38 Abs. 1 Nr. 10 verselbständigt mithin allgemein die Teilnahme an einer Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 zur Täterschaft, sofern sie durch Empfehlungen begangen wird^{63), 64)}.

61) BGH, WuW/E 441 ("Baubetriebsberatung"); Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 26; a.A. Seydel, WRP 57,254; Koenigs, DB 57,767; Dörin kel, WuW 57,614 und Huber, aaO S.60, die in § 38 Abs. 1 Nr. 10 einen reinen Anstiftungstatbestand sehen.

62) Langen § 38 Rn. 11 S. 22;

63) BGH, WuW/E 441; Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 26; Langen § 38 Rn. 11 S. 21;

64) Durch das Tatbestandsmerkmal der Empfehlung wird jedoch nicht, wie Huber, aaO. S. 60 meint, der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 1 Nr. 10 gegenüber der allgemeinen Teilnahmeregelung des § 14 OWiG (75) eingeengt, da die Empfehlung begrifflich - richtigerweise - keine Bindungswirkung voraussetzt. vgl. Frankf.Kom. § 38 Tz. 142;

Empfehlungen sind dann als Mitwirkungen an der Begehung einer Ordnungswidrigkeit der Empfehlungsadressaten anzusehen, wenn sie für die Begehung ursächlich werden. Es genügt Mitverursachung⁶⁵⁾. Die Empfehlung darf nicht hinweggedacht werden können, ohne daß auch die Ordnungswidrigkeit der Empfehlungsempfänger entfielen, oder auf einen anderen Tatbestand zurückgeführt werden müßte⁶⁶⁾. Hat der Empfehlungsadressat frei und ohne Rücksicht auf die Empfehlung gehandelt (omni modo facturus), so hat sich der Empfehlende keines Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot schuldig gemacht. Hat hingegen die Empfehlung am Entschluß des Empfehlungsempfängers auch nur neben anderen Motiven anteilig mitgewirkt, z.B. den noch Wankenden endgültig bestimmt, so ist eine ordnungswidrige Mitwirkung gegeben⁶⁷⁾.

I) Die ordnungswidrige Haupttat gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 bis 9

Die Empfehlung, Ordnungswidrigkeiten gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 bis 9 zu begehen, erfüllt ^{jedoch} dann den Mitwirkungstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 10, wenn die empfohlene Ordnungswidrigkeit von den Empfehlungsempfängern begangen worden ist. Die Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 10 ist also zu der Haupttat der Empfehlungsadressaten akzessorisch⁶⁸⁾. Da es sich bei § 38 Abs. 1 Nr. 10 um einen Sonderfall zu den Teilnahmevorschriften des StGB und OWiG handelt, wird man die Grundsätze der limitierten Akzessorietät anwenden müssen⁶⁹⁾. Demnach genügt als Haupttat eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Tat, die nicht schuldhaft begangen zu sein braucht⁷⁰⁾, wobei es gleichgültig ist, ob diese verfolgt wurde oder nicht⁷¹⁾. Eine Empfehlung, die erfolglos bleibt oder nur zum Versuch oder zu einer nur fahrlässigen Begehung führt, ist ^{demnach} nicht ordnungswidrig⁷²⁾.

65) Frankf.Kom. § 38 Tz. 85;

66) Mayer-Wegelin, DB 58,188 r.Sp. und Gem.Kom. § 38 Rn.26;

67) Seydel, WRP 57,254;

68) Langen, § 38 Rn. 11, S. 22; Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 26; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 33;

69) Langen, § 38 Rn. 11, S. 22; a.A. Frankf.Kom. § 38 Tz. 142, der ohne Begründung für § 38 Abs. 1 Nr. 10 volle Akzessorietät, dh. auch schuldhaftes Handeln der Haupttäter verlangt.

70) Dreher, StGB Vor § 25 Rn. 3 A;

71) Mayer-Wegelin, DB 58,188 r.Sp. und Gem.Kom. § 38 Rn.26;

72) Seydel, WRP 57,254 1.Sp.; Gem.Kom. § 38 Rn. 26;

11) Die Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. §§ 1, 15

Der Tatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 1 ist objektiv dann verwirklicht, wenn sich die Empfehlungsempfänger über die Unwirksamkeit eines Vertrages hinwegsetzen, wenn sie die Empfehlung befolgen. Ein solcher Vertrag ist einmal als horizontale Vereinbarung zwischen den Empfehlungsempfängern selbst denkbar (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1), oder andererseits als vertikale Vereinbarung zwischen dem Hersteller und den einzelnen Wiederverkäufern (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15)⁷³⁾.

In jedem Fall setzt § 38 Abs. 1 Nr. 1 jedoch den Abschluß eines, wenn auch unwirksamen Vertrages voraus, der nur dann gegeben ist, wenn zwischen den Beteiligten durch gegenseitige, einander entsprechende Willenserklärungen eine Einigung zustande gekommen ist. Läßt sich eine durch Angebot und Annahme herbeigeführte Willensübereinstimmung nicht feststellen, so kann nicht angenommen werden, daß ein Vertrag zustande gekommen sei⁷⁴⁾. Nur dann, wenn das Gesetz diesem abgeschlossenen Vertrag die rechtliche Wirksamkeit versagt, die Beteiligten sich aber dennoch so verhalten, als wäre dieser Vertrag rechtswirksam, ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 gegeben.

a) Die horizontale Vereinbarung, § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1

Voraussetzung für das Vorliegen einer von den Empfehlungsadressaten begangenen ordnungswidrigen Handlung nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1 wäre demnach, daß diese untereinander eine vertragliche Abrede getroffen hätten, wonach sich jeder verpflichtet, bestimmte vertikale Preisempfehlungen zu befolgen. In diesem Falle würde der Hersteller durch seine Empfehlung objektiv daran mitwirken, daß die Empfehlungsempfänger eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1 begehen.

73) Gieffers, PE S. 66;

74) BGH, WuW/E 1147 ("Teerfarben"); Benisch, WuW 60, 354 und DB 57, 789; Gieffers, PE S. 63;

Im Normalfall existiert jedoch zwischen den Abnehmern keine derartige vertragliche Abrede. Sie befolgen die Empfehlung ohne sich untereinander zu verständigen⁷⁵⁾. Eine vertragliche Abrede unter den Abnehmern kann auch nicht deswegen angenommen werden, weil der einzelne vielleicht aus Erfahrung weiß und es auch billigt, daß seine Mitbewerber die Empfehlung ebenfalls befolgen werden⁷⁶⁾. Soweit eine ausdrückliche oder schlüssige Erklärung der gegenseitigen Willensübereinstimmung fehlt, kommt § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1 nicht zur Anwendung.

b) Die vertikale Vereinbarung gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15

Eine von den Wiederverkäufern begangene Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15 wäre dann gegeben, wenn sich die Abnehmer dem Hersteller gegenüber verpflichteten, die von ihm genannten Preise einzuhalten. Sie würden sich dann gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 ordnungswidrig über die Unwirksamkeit eines Preisbindungsvertrages hinwegsetzen. Eine derartige Verpflichtungserklärung wird aber im Normalfall der vertikalen Preisempfehlung von den Empfehlungsempfängern nicht abgegeben⁷⁷⁾. Auch in der Empfehlung des Herstellers kann kein Angebot zu einem derartigen Bindungsvertrag gesehen werden. Die Empfehlung ist - wie oben dargelegt - lediglich eine einseitige Erklärung, die weder annahmbedürftig noch annahmefähig ist. Der Empfehlende erwartet von den Empfehlungsadressaten keine Einverständniserklärung; er will sie lediglich zu einem bestimmten tatsächlichen Verhalten veranlassen⁷⁸⁾. Umgekehrt liegt auch in der Befolgung einer Empfehlung durch die Wiederverkäufer grundsätzlich keine schlüssige Erklärung

75) Giefers, PE S. 66;

76) Hengstenberg, WuW 58,440; Giefers, PE S. 66;

77) Ein Sonderfall wird in MA 57,448 genannt. Hier handelte es sich um einen vorausgegangenen unzulässigen Preisbindungsvertrag, den die Händler weiterhin beachteten.

78) Giefers, PE S. 64;

ihres Einverständnisses, nur die empfohlenen Preise zu verlangen⁷⁹⁾. Die Befolgung von Empfehlungen ist ein rein tatsächliches Verhalten, durch das die Empfehlungsempfänger im Normalfall in keiner Weise ausdrücken wollen, daß sie sich dem Hersteller gegenüber zur Einhaltung der "empfohlenen" Preise verpflichten. Bei der normalen Empfehlung und ihrer Befolgung fehlt es also an dem äußeren Tatbestand eines, wenn auch unwirksamen Vertragsabschlusses⁸⁰⁾, so daß die Empfehlungsempfänger, wenn sie vertikale Preisempfehlungen befolgen, nicht gegen § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 15 verstoßen.

2) Die Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 iVm. § 25 Abs. 1

Nach § 25 Abs. 1 ist "ein aufeinander abgestimmtes Verhalten von Unternehmen ..., das nach diesem Gesetz nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, verboten". § 25 Abs. 1 wurde durch die 2. GWB-Novelle eingefügt, nachdem der BGH in der Teerfarbenentscheidung⁸¹⁾ festgestellt hatte, daß § 38 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 1 einen Vertragsabschluß voraussetze, der jedoch nur dann angenommen werden könne, wenn sich die Beteiligten entsprechend §§ 145 ff. BGB geeinigt haben. Die neue Bestimmung des § 25 Abs. 1, die diese offenkundig gewordene Lücke des deutschen Kartellrechts⁸²⁾ durch ein eigenes Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens schließen soll, unterscheidet sich von den primären Vertragsverboten lediglich dadurch, daß sie nicht den Nachweis einer echten, vertraglichen Einigung voraussetzt⁸³⁾, sondern stattdessen das Kriterium des "Aufeinanderabstimmens" genügen läßt.

a) Der Begriff des "Aufeinander Abstimmens"

aa) Die Abgrenzung von Verträgen und bewußtem Parallelverhalten

Der Begriff des "Aufeinander Abstimmens" setzt eine vertragsähnliche Willensübereinstimmung⁸⁴⁾

79) Giefers, PE S. 64; Benisch DB 59, 451; Ehle, Diss. S. 88

80) Giefers, PE S. 64;

81) BGH, WuW/E 1147;

82) Bericht des Wirtschaftsausschusses zu § 25 Abs. 1;

83) Benisch, Gem. Kom. § 25 Abs. 1 Rn. 2;

/WuW 73, 591;

84) Belke, ZHR 1975, 59;

oder ein schlüssiges Vereinbaren ohne Rechts-
folgewillen⁸⁵⁾ voraus. In der Beratungsphase
des Gesetzes haben die Präsidenten der Kartell-
senate des KG und des BGH zu der neuen Bestimmung
Stellung genommen und bestätigt, daß die Ein-
fügung des Merkmals "aufeinander" sicherstelle,
daß nur das kollusiv zustandegekommene Parallel-
verhalten erfaßt werde⁸⁶⁾. Auch der Bundesminister
der Justiz prüfte auf Wunsch des Wirtschaftsaus-
schusses, ob gegen die Verwendung des Begriffes
"Aufeinander abgestimmtes Verhalten" im Hinblick
auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG
verfassungsrechtliche Bedenken beständen. Er hat
dies unter der Voraussetzung verneint, daß "auf-
einander abgestimmtes Verhalten" nur dann angenommen
werde, wenn "zwei oder mehr Unternehmen ihr Ver-
halten bewußt und gewollt von einander abhängig
machen, ohne damit schon eine vertragliche Bindung
einzugehen"⁸⁷⁾. In diesem Sinne hatte auch schon
das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht
1961⁸⁸⁾ den Begriff des abgestimmten Verhaltens
dahingehend definiert, daß zwar ein rechtsgeschäft-
licher Bindungswille (wie beim Vertrag) nicht er-
forderlich sei, andererseits aber ein bewußt
gleichförmiges Verhalten ohne Willensübereinstim-
mung⁸⁹⁾ nicht ausreiche; es komme vielmehr darauf
an, daß mehrere Unternehmen eine Willensüberein-
stimmung über ihr künftiges wirtschaftliches
Verhalten erzielen und diesem Plan entsprechend
entweder gleichförmig oder mit verteilten Rollen
handeln⁹⁰⁾. Erforderlich ist also das Bewußtsein
der beteiligten Parteien, "gemeinsame Sache zu
machen"⁹¹⁾. Das kooperative Element der Abstimmung

85) Büttner, WuW 71, 707;

86) zitiert bei Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.1;

87) zitiert bei Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.3;

88) BKartA, Tb. 1961 S. 61;

89) = bewußtes Parallelverhalten, siehe auch Belke,
ZHR 75, 61 und Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.4;

90) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs. 1 Rn.

91) Sauter, BB 73, 686; Steindorff, ZHR 73, 231; Belke,
ZHR 75, 60;

liegt darin, daß sich jedes der beteiligten Unternehmen darauf verlassen kann,⁹¹⁾ daß die anderen Partner, gemäß der Willensübereinstimmung, entweder gleichförmig oder mit verteilten Rollen⁹²⁾ am Markt handeln. Es besteht also in soweit weitestgehende Einigkeit, daß das " aufeinander abgestimmte Verhalten" dadurch gekennzeichnet wird, daß es einerseits einen geringeren Grad des aufeinander Abstimmens aufweist als die vertragliche Bindung, aber andererseits ein bewußtes und gewolltes einseitiges Anpassen an ein empfohlenes oder von einem Marktteilnehmer praktiziertes Marktverhalten nicht ausreichend ist⁹³⁾. Nur das Verhalten, das in den Zwischenbereich zwischen diesen beiden Polen fällt, stellt ein "aufeinander abgestimmtes Verhalten" im Rechtssinne dar.

bb) Das Kriterium des gemeinsamen Plans

Umstritten ist hingegen, auf welche Weise die wechselseitige Abstimmung zustandekommen muß. Einerseits wird vertreten, daß die Beteiligten durch vorherige Fühlungnahme einen Plan gemeinsam aufstellen müssen⁹⁴⁾. Andererseits wird es für ausreichend gehalten, wenn sich ein Teilnehmer an der Ausführung eines bereits konzipierten, wettbewerbsbeschränkenden Plans eines der Abstimmungspartner oder eines Dritten vorsätzlich beteiligt⁹⁵⁾. Diese Meinung weist zutreffend darauf hin, daß der Anwendungsbereich des § 25 Abs.1 zu sehr eingeschränkt würde, wenn man das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Abstimmung von einem qualifizierten Erfordernis eines gemeinsam aufgestellten und durchgeführten Plans abhängig machen

91) Belke, ZHR 1975, 64;

92) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 9, S.19;

93) siehe Nachweise bei Rüdell, aaO. S.45, Fn.29;

94) siehe Nachweise bei Belke, ZHR, 75, 62 Fn.34;

95) Belke, ZHR 75, 63; Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 4, S. 12;

würde⁹⁶⁾. Insbesondere vertikale Abstimmungen, die in der Regel auf der einseitig konzipierten Absatzstrategie des Herstellers beruhen, würden nur in Ausnahmefällen erfaßt⁹⁷⁾, obgleich durch die vertikale Abstimmung eines jeden einzelnen Händlers mit dem Hersteller zugleich eine mittelbare horizontale Abstimmung erstrebt und erreicht werden kann, ohne daß die Händler untereinander in Kontakt zu treten brauchen. Es ist also festzuhalten, daß das Kriterium des gemeinsamen Plans nur insoweit ausschlaggebend ist, als ein bestimmter Plan zwar wechselseitig akzeptiert werden, nicht aber gemeinsam ausgearbeitet werden muß.

cc) Das Zustandekommen der Abstimmung

Eine Abstimmung zwischen mehreren Marktteilnehmern kommt dadurch zustande, daß die eine Seite erkennbar ein konkretes "Abstimmungsangebot" macht, das die andere Seite durch eine entsprechende "Abstimmungsannahme" beantwortet⁹⁸⁾. Angebot und Annahme müssen nicht ausdrücklich erklärt werden; sie können sich auch aus den Umständen ergeben⁹⁹⁾. In jedem Fall ist jedoch für den Begriff des "Aufeinander Abstimmens" entscheidend, daß beide Seiten übereinstimmend ihren Willen bekundet haben, sich entsprechend dem zugrundegelegten Plan verhalten zu wollen. Nur dann kann jeder der Beteiligten darauf vertrauen, daß sich auch der andere dem Plan entsprechend verhalten wird¹⁰⁰⁾.

Wird hingegen ein Abstimmungsangebot von den Adressaten weder ausdrücklich noch konkludent angenommen, so liegt auch dann kein abgestimmtes Verhalten vor, wenn sich die Adressaten rein tatsächlich dem Angebot entsprechend verhalten¹⁾. Ohne eine Einverständniserklärung kann derjenige,

96) Steindorff, ZHR 1973, 228;

97) Belke, ZHR 1975, 64;

98) Belke, ZHR 1975, 70, der darin eine Parallele zum Vertragsabschluß sieht; Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 5 u. 6;

99) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.5, S.13; Belke, ZHR 1975, 70;

100) Belke, ZHR 1975, 64;

1) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.6, S.15;

der das Abstimmungsangebot gemacht hat, nicht darauf vertrauen, daß die Adressaten seine Anregung auch weiterhin befolgen werden. Insofern liegt in diesem Fall noch kein wechselseitig abgestimmtes Verhalten vor, das auch für die Abstimmungsadressaten eine Ordnungswidrigkeit darstellen würde, sondern lediglich eine einseitige Anregung desjenigen, der das Abstimmungsangebot gemacht hat, die ausschließlich nach den Empfehlungsverboten als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann²⁾.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob nicht die Befolgung einer Empfehlung als konkludente Einverständniserklärung angesehen werden kann. Diese Frage kann jedoch nicht generell beantwortet werden, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles.

b) Das abgestimmte Verhalten der Händler

Im folgenden ist nun zu untersuchen, mit wem und auf welche Weise sich die Händler möglicherweise abstimmen können. Nur wenn sich die Händler infolge einer zustandegekommenen Willensübereinstimmung abgestimmt verhalten,³⁾ läge eine ordnungswidrige Haupttat gemäß § 38 Abs. 1 Nr.8 iVm. § 25 Abs.1 vor, an der der Hersteller durch seine Empfehlung gemäß § 38 Abs.1 Nr. 10 mitwirken könnte.

Eine derartige Abstimmung kann einerseits als horizontale Abstimmung gemäß § 25 Abs.1 iVm. § 1 erfolgen. Andererseits kann auch ein vertikal abgestimmtes Verhalten gemäß § 25 Abs.1 iVm. § 15 in Betracht kommen.

aa) Horizontal abgestimmtes Verhalten gem. § 25 Abs.1 iVm. § 1

Abgestimmtes Verhalten liegt - wie oben dargelegt wurde - nur dann vor, wenn sich die Händler in einer Weise abgestimmt haben, daß sie wechselseitig darauf vertrauen können, daß sich jeder

2) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn 8, S.18;

3) Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 9; Belke, ZHR 1975, 56;

Beteiligte abstimmungsgemäß verhält. Dieses Erfordernis kann nicht schon dann als gegeben angesehen werden, wenn Preisempfehlungen rein tatsächlich von einer Mehrzahl von Händlern befolgt werden³⁾. Erforderlich ist vielmehr der Nachweis eines zusätzlichen Akts des Einvernehmens. Es muß also feststellbar sein, daß die beteiligten Händler vor der Befolgung der Empfehlung unmittelbar oder mittelbar über Dritte⁴⁾ untereinander Kontakt aufgenommen haben und in wechselseitigem Einvernehmen auf den wettbewerbswirksamen Einsatz eines Wettbewerbsparameters, hier des Preises verzichtet haben⁵⁾. Sofern die beteiligten Händler mit dieser Abstimmung einen gemeinsamen Zweck verfolgen und das vorgesehene, den Wettbewerb beschränkende Marktverhalten geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen, liegt eine Umgehung des § 1 vor⁶⁾. Zu denken ist dabei an folgende Beispielsfälle:

(1) Die Händler verständigen sich, bevor sie die preisempfohlenen Waren verkaufen, gemeinsam auf die Einhaltung der empfohlenen Preise. Eine derartige Verständigung ist auf überschaubaren Märkten mit relativ wenigen Anbietern leicht durchführbar⁷⁾. Insbesondere wenn es sich um den Absatz qualitativ hochwertiger Waren handelt, die selektiv nur über bestimmte Fach- oder Vertragshändler vertrieben werden, kann es im Einzelfall durchaus zu solchen Kontakten kommen. Da insbesondere Fach- und Vertragshändler über den normalen Gruppenzusammenhalt hinaus durch Vertragshändlertreffen, Informationsveranstaltungen usw.⁸⁾ über eine organisierte Kontaktmöglichkeit⁹⁾ verfügen, kann auf derartigen Ver-

3) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 14;

4) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 8; Belke, ZHR 1975, 77; siehe auch die Nachw. bei Rüdell, aaO. S. 60, Fn. 103;

5) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 12;

6) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 11⁹⁾;

7) Fikentscher, PE S. 68;

8) Belke, ZHR 1975, 147;

9) Diese organisierte Kontakt- und Informationsmöglichkeit allein genügt zwar noch nicht zur Annahme einer Abstimmung. Dies kann jedoch dann gerechtfertigt sein, wenn noch weitere Indizien hinzutreten. vgl. Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 12;

anstaltungen relativ leicht das zukünftige Wettbewerbsverhalten koordiniert werden. Besonders, wenn sich der empfohlene Preis als offensichtlich mit den Marktverhältnissen nicht vereinbar erweist, die Händler ihn aber gleichwohl weitgehend beachten¹⁰⁾, liegt der Schluß nahe, daß die gleichförmige Einhaltung der Preisempfehlung auf einer vorherigen Verständigung beruht. Ebenso liegt es, wenn preisempfohlene Waren trotz erheblicher Unterschiede hinsichtlich der individuellen Handlungskosten und der jeweiligen mit dem Angebot der Ware verbundenen Handelsleistung, von den Händlern weitgehend zu gleichen Preisen angeboten werden.

(2) Noch stärker kommt die horizontale Abstimmung unter den Händlern zum Ausdruck, wenn diese den Hersteller zu Preisstabilisierungsmaßnahmen auf den Handelsstufen veranlassen¹¹⁾, um sie gegen Billigpreisangebote von Außenseitern zu schützen.

bb) Vertikal abgestimmtes Verhalten gem. § 25 Abs. 1 iVm. § 15

In Vertikalverhältnissen ist besonders zu beachten, daß der Begriff des "Abstimmens" ein wechselseitiges Voneinander-Abhängigmachen voraussetzt. Zwar ist es - wie oben dargelegt - nicht erforderlich, daß die Beteiligten gemeinsam einen Plan ausgearbeitet haben¹²⁾. Die wechselseitige Kontaktaufnahme muß aber immerhin so intensiv gewesen sein, daß zwischen den Beteiligten eine bewußte Willensübereinstimmung erzielt worden ist, wonach jeder Beteiligte darauf vertrauen kann, daß der zunächst einseitige Plan des Empfehlenden, nunmehr zum gemeinsamen Konzept des Marktverhaltens geworden ist¹³⁾.

10) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 25;

11) Mestmäcker, Europ. Wettbewerbsrecht, S.220; Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 14; Belke, ZHR 1975, 93;

12) Belke, ZHR, 1975, 62; Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 4, S. 12;

13) Benisch, WuW 69, 3 und 5;

Hierbei kommt es nicht darauf an, daß sich alle Abstimmungsteilnehmer gleichförmig verhalten. Auch ein korrespondierendes Zusammenspiel mit verteilten Rollen erfüllt den Begriff des abgestimmten Verhaltens¹⁴⁾. Entscheidend ist jedoch immer die ausdrücklich oder schlüssig erklärte¹⁵⁾, wechselseitige Kooperationsbereitschaft. Insofern stellt die schlichte, einseitige Befolgung von Empfehlungen, auch wenn diese bewußt und gewollt übernommen werden, noch kein abgestimmtes Verhalten dar¹⁶⁾. Dies gilt selbst dann, wenn die Empfehlungsempfänger in der Erwartung¹⁷⁾ oder gar in der Kenntnis¹⁸⁾ des Umstandes handeln, daß dieselbe Empfehlung auch gegenüber anderen Adressaten ausgesprochen wurde. Ein einseitiges, passives "Abgestimmt-Werden" ohne aktive, zumindest schlüssige Billigungserklärung erfüllt entgegen Belkes Meinung¹⁹⁾ den, im Vergleich zur amerikanischen oder europäischen Rechtspraxis enger definierten deutschen Abstimmungsbegriff noch nicht²⁰⁾. Weder der Wortlaut des Gesetzes ("aufeinander abgestimmtes Verhalten") noch der Wille des Gesetzgebers, der den Begriff des abgestimmten Verhaltens im Sinne der Erläuterung des Bundesjustizministeriums als "bewußtes und gewolltes voneinander Abhängigmachen" verstehen wollte, lassen eine derart extensive Interpretation zu. Eine solche Auslegung wäre mit strafrechtlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren und würde gegen das Bestimmtheitsverbot des Art.103 Abs. 2 GG verstoßen²¹⁾. Die Empfehlungsempfänger

14) Belke, ZHR 1975,89, Fn. 78; Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 9, S. 19;

15) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 4, S.13; "auch durch konkludente Handlung".

16) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 8 u.14; a.A. Belke, ZHR 1975,89 ff., der davon ausgeht, daß die freiwillige Befolgung einer Empfehlung stets zu einem abgestimmten Verhalten zwischen Empfehlungsendem und Empfehlungsempfängern führt.

17) a.A. Belke, ZHR 1975,89,Fn. 78 unter Hinweis auf Mailänder, Gem.Kom. § 85 Rn.14;

18) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.8, S.17;

19) Belke, ZHR 1975,77;

20) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.8, S. 18;

21) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn.3;

handeln also erst dann ordnungswidrig gemäß § 25 Abs.1 iVm. § 15, wenn sie sich aktiv mit dem Empfehlenden oder über ihn auch mit den anderen Empfehlungsadressaten willensmäßig abgestimmt haben, sodaß sich fortan alle Beteiligten darauf verlassen können, daß die Empfehlung befolgt werden wird. Im Folgenden sollen einige Beispielsfälle dargestellt werden.

(1) Ein Abstimmungswille der Händler kann z.B. dann angenommen werden, wenn diese von sich aus mit bestimmten Preisvorstellungen an den Hersteller herantreten, bzw. wenn sie mit dem Hersteller zusammen die Höhe des empfohlenen Preises erarbeiten²²⁾. Zwar ist allein der Umstand, daß vor dem Ausspruch einer Empfehlung Preisgespräche zwischen Herstellern und Händlern stattgefunden haben, noch kein hinreichender Anhaltspunkt²³⁾. Haben jedoch die Händler den Hersteller zur Festsetzung eines empfohlenen Preises angeregt, der offensichtlich mit den Marktverhältnissen nicht vereinbar ist, und halten sie diesen überhöhten Preis in der Folgezeit weitgehend ein, so liegt der Schluß auf ein, zwischen Hersteller und Händlern abgestimmtes Verhalten nahe.²⁴⁾ Ebenso liegt es, wenn die Händler den Hersteller auffordern, für ihre Waren Wiederverkaufspreise zu empfehlen, bzw. Bruttopreise festzusetzen, wobei der Hersteller die Höhe des Wiederverkaufspreises selbst bestimmen soll²⁵⁾. Auch hier geben die Händler ihre grundsätzliche Bereitschaft zu erkennen, sich entsprechend den Vorstellungen des Herstellers zu verhalten.

(2) Fraglich ist es, ob auch dann ein zwischen Hersteller und Händlern abgestimmtes Verhalten angenommen werden kann, wenn die Preisempfehlung

22) Belke, ZHR 1975, 91;

23) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 25; a.A. Belke, ZHR 75, 146;

24) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 25;

25) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 14;

zwar allein aufgrund der Initiative des Herstellers ausgesprochen wurde, der Handel jedoch bereits erkennbar aufnahmebereit war, ja geradezu auf eine klärende und ordnende Empfehlung des Herstellers gewartet hat. Insbesondere bei Händlern mit geringer wettbewerbspolitischer Eigeninitiative ist es häufig zu beobachten, daß sie sich gerne den Empfehlungen eines Leitunternehmers anschließen. Wird nun über längere Zeit hinaus²⁶⁾ zwischen Hersteller und Händlern in der Form zusammengearbeitet, daß die Händler regelmäßig die Preisempfehlungen des Herstellers weitestgehend einhalten, so kann sowohl zwischen dem Hersteller und den Händlern, als auch zwischen den Händlern untereinander eine derart starke solidarische Interessengemeinschaft entstehen, daß unter diesen Umständen jeder der Beteiligten, auch ohne ausdrückliche Erklärungen, darauf vertrauen kann, daß die empfohlenen Preise auch weiterhin eingehalten werden. In diesem Fall existiert schon vor Ausspruch der Preisempfehlung ein stillschweigendes Einvernehmen unter den Beteiligten, daß auch diese Preisempfehlung das künftige Preisverhalten bestimmen solle, sodaß es nur noch der einseitigen Erklärung der Preisempfehlung bedarf, um sich wechselseitig abzustimmen. Die einseitige Preisempfehlung stellt in diesem Fall nur einen Kristallisationspunkt für die schon vorher bestehende Willensübereinstimmung der Beteiligten dar. Werden unter diesen Umständen Preise empfohlen und erlöst, die offensichtlich mit den Marktverhältnissen nicht in Einklang zu bringen sind, so liegt auch hier der Schluß nahe, daß das praktizierte Verhalten nur aufgrund der vorherigen, unausgesprochenen Willensübereinstimmung möglich war.

(3) Ein weiterer Anhaltspunkt für die Bereitschaft der Händler, sich mit dem Hersteller abzustimmen,

26) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs. 1 Rn. 6, S.15
"bei ständiger Übung ist Schweigen als Zustimmung zu werten".

kann darin gesehen werden, wenn sich die Händler aktiv an einem Melde- und Informationsverfahren über die Handhabung der empfohlenen Preise beteiligen²⁷⁾. Die Händler geben damit sowohl dem Hersteller als auch dem Konkurrenten zu verstehen, daß sie sich grundsätzlich in das Preisempfehlungssystem des Herstellers eingliedern wollen. Da durch ein solches, die Preisempfehlung begleitendes Melde- und Informationssystem Preisbrecher in kürzester Zeit aufgedeckt werden und so dann - in der Regel vom Hersteller, als dem Organisator und Koordinator dieses Systems - zu Preisdisziplin angehalten werden können, fördert ein derartiges Überwachungsverfahren die Solidarität unter den Beteiligten. Diese können infolgedessen darauf vertrauen, daß - abgesehen von einzelnen Preisbrechern, die sogleich zur Preisdisziplin angehalten oder eliminiert werden können - alle anderen Beteiligten das durch die Empfehlung festgelegte Verhalten beachten. Die Beteiligung der Händler an einem solchen, die Preisempfehlung begleitenden Überwachungssystem stellt somit eine vertikale Abstimmung zwischen Hersteller und Händlern dar, die darüber hinaus in der Regel zu einer mittelbaren, horizontalen Abstimmung mit den Konkurrenten führt.²⁸⁾

c) Rechtsfolgen des abgestimmten Verhaltens

Händler, die sich - gleichgültig, ob horizontal oder vertikal - abgestimmt verhalten, handeln ordnungswidrig gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 8. Durch das Aussprechen von Preisempfehlungen wirkt der Hersteller an diesen Ordnungswidrigkeiten dann mit, wenn seine Empfehlungen zumindest mitursächlich²⁹⁾ gewesen sind, für die Praktizierung des abgestimmten Verhaltens. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich die Beteiligten wechselseitig darüber verständigen, daß sie den ein-

27) Belke, ZHR 1975, 147 und S. 83, 91 ff.

28) Belke, ZHR 1975, 89, Fn. 78;

29) Frankf. Kom. § 38 Tz. 85;

seitig empfohlenen Preis als ihren individuellen Wiederverkaufspreis verlangen werden, da dann die Existenz der Preisempfehlung Voraussetzung für das ordnungswidrig abgestimmte Verhalten der Händler ist.

II) Der subjektive Tatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 10

Ordnungswidrig gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 10 ist mangels einer anders lautenden Regelung im Gesetz nur die vorsätzlich begangene Mitwirkung (§ 10 OWiG 75). Der Vorsatz des Empfehlenden muß sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 1 Nr. 10 erstrecken. Er muß also sowohl bewußt und gewollt eine Empfehlung aussprechen, als auch sämtliche Umstände kennen und in seinen Willen aufnehmen, die das von ihm empfohlene Verhalten als Ordnungswidrigkeit kennzeichnen³⁰⁾.

4. Kap. Das Druckverbot des § 38 Abs.1 Nr. 8 iVm. § 25 Abs.2

Nach § 38 Abs.1 Nr. 8 iVm. § 25 Abs.2 ist es ordnungswidrig, wenn "Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen Nachteile androhen oder zufügen", oder "Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz ... nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf". Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen vertikale Preisempfehlungen gegen § 25 Abs.2 verstoßen können.

I) Das Verhalten, das nach dem GWB nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein darf

§ 25 Abs.2 will der Gefahr vorbeugen, daß bestimmte kartellrechtliche Verbote durch Anwendung von Druck- und Lockmitteln umgangen werden.³¹⁾ Als primäres kartellrechtliches Verbot kommt im Hinblick auf vertikale Preisempfehlungen

30) allgemeine Meinung: Frankf.Kom. § 38 Tz.87; Langen § 38 Rn. 11, S. 23; Müller-Gries-Giessler, § 38 Rn. 35;
31) BGH, WuW/E 693;

§ 38 Abs.1 Nr. 1 iVm. § 15 in Betracht. Verboten ist hiernach ein bestimmtes tatsächliches Verhalten, das verboten wäre, wenn es auf einen, der Zielsetzung des Veranlassers entsprechenden Vertrag zwischen den Beteiligten im Sinn des § 15 beruhen würde³²⁾. § 25 Abs.2 will also verhindern, daß die Wiederverkäufer durch besonders intensive Beeinflussung zu einem tatsächlichen Verhalten veranlaßt werden, das in seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung dem einer vertraglichen Preisbindung gemäß § 15 entspricht³³⁾. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob es sich um Preisempfehlungen für Markenwaren oder für markenlose Waren handelt. Preisempfehlungen für Markenwaren sind zwar unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 38a von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 freigestellt. Sobald aber der Empfehlende versucht, seine Preisempfehlung durch Druckanwendung durchzusetzen, entfällt jedoch automatisch gemäß § 38a Abs.1 Nr. 1 die Freistellungswirkung, sodaß einer Anwendung des § 25 Abs.2 nichts mehr im Wege steht³⁴⁾.

II) Die unzulässigen Druckmittel des § 25 Abs.2

§ 25 Abs. 2 will - anders als das Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 11 - eine Umgehung der primären Verbote nur in - soweit verhindern, als die Wiederverkäufer durch bestimmte Formen der Druckausübung, zu dem vom Gesetz mißbilligten tatsächlichen Verhalten veranlaßt werden sollen. Die Beeinflussung durch eine unverbindliche Empfehlung reicht daher für die Anwendung von § 25 Abs.2 noch nicht aus³⁵⁾. Das Gesetz nennt als Druckmittel einerseits die Androhung und Zufügung von Nachteilen und andererseits das Versprechen und Gewähren von Vorteilen.

32) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.4;

33) A.A. Frankf.Kom. § 25 Rn.9 ff., der, soweit ersichtlich als einziger davon ausgeht, daß § 25 Abs.2 nur diejenigen Unternehmen schützen wolle, die bereits mit dem Hersteller einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag gem. § 15 abgeschlossen haben, über dessen Unwirksamkeit sie sich hinwegsetzen könnten. Diejenigen Händler, die keinen nach § 15 unwirksamen Preisbindungsvertrag abgeschlossen haben, wären demnach von § 25 Abs.2 nicht geschützt. Zu der Auseinandersetzung mit dieser Meinung vergl. Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.5; Niederleithinger, NJW 64, 1937; BGH, WuW/E 693;

34) Belke, ZHR 1974, 303; Völpl, WRP 73, 563; r.Sp.;

35) BGH, WuW/E 255;

1) Die Androhung und Zufügung von Nachteilen

Unter den Begriff "Nachteil", fällt jedes Übel, das objektiv geeignet und tauglich ist, den Adressaten zu dem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu bestimmen³⁶⁾. Es genügt, wenn die Nachteile nachdrücklich, wenn auch in unbestimmter Form angekündigt werden³⁷⁾. Als Beispiele für Nachteile werden genannt: Liefersperre, Rabattkürzung, Streichung des Umsatzbonus, Wegfall der Garantieverpflichtung des Herstellers, Boykott, Diskriminierung, Aufnahme in Schwarze Listen, usw.³⁸⁾.

2) Das Versprechen und Gewähren von Vorteilen

Als "Vorteil" sind diejenigen Vergünstigungen anzusehen, die den Adressaten in irgendeiner Weise objektiv besser stellen. Der Vorteil kann in einer Gütervermehrung oder in einer Vermeidung von Nachteilen, die sonst eingetreten wären, bestehen. Ein Vorteil kann jedoch nur dann angenommen werden, wenn der Empfänger darauf keinen rechtlichen Anspruch besitzt.³⁹⁾ Als Beispiele werden genannt: Treuerabatt, vorzeitige und bevorzugte Belieferung, besondere Rückvergütungen, Ausweitung der bestehenden Geschäftsverbindung usw.⁴⁰⁾

3) Das Veranlassen

Druck- oder Lockmittel setzen begrifflich voraus, daß mit ihrem Einsatz ein bestimmter Zweck verfolgt wird,⁴¹⁾ daß nämlich die Adressaten zu einem bestimmten, zukünftigen Verhalten veranlaßt werden sollen. Da auch der Empfehlende seine Adressaten mit vertikalen Preisempfehlungen in bestimmtem Sinne beeinflussen will,

36) Benisch, Gem.Kom. § 25, Rn. 14; WuW/E OLG 353;

37) WuW/E OLG 563; BKartA, Tb. 1968 S. 51,63;

38) weitere Beispiele bei: Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.14; Belke, ZHR 1974, 294;

39) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 17;

40) Weitere Beispiele bei Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.17;

41) BGH, WuW/E 710 ("Saba");

kommt es für die Anwendbarkeit des § 25 Abs.2 darauf an, ob er sich zur Durchsetzung der vertikalen Preisempfehlung besonderer Druck- oder Lockmittel bedient. Schlichte Preisempfehlungen, die ohne Druckmittel ausgesprochen werden, erfüllen den Tatbestand des § 25 Abs.2 noch nicht⁴²⁾.

Erst dann, wenn der Empfehlende zusätzlich zu seiner Empfehlung noch besondere Druck- oder Lockmittel anwendet, um die Adressaten zur Einhaltung der Preisempfehlung zu veranlassen, wird das Druckverbot des § 25 Abs.2 tangiert. Derartige "druckuntermauerte"⁴³⁾ oder "nachdrückliche Empfehlungen"⁴⁴⁾ liegen allerdings erst dann vor, wenn der Empfehlende durch den Einsatz der Druckmittel eine "Willensbeugung" und "Einwirkung auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit" der Adressaten bezweckt⁴⁵⁾.

Eine Willensbeugung kann jedoch noch nicht angenommen werden, wenn der Empfehlende - wie im Fall der faktisch bindenden Empfehlungen - lediglich bestimmte äußere Umstände ausnützt, die die Durchsetzung der Empfehlung besonders begünstigen⁴⁶⁾. In diesem Fall wendet der Empfehlende keine Druckmittel an, sondern nützt lediglich die Tatsache aus, daß die Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsadressaten durch äußere Umstände bereits eingeschränkt ist. Als Umstände, die zu einer faktischen Bindung der Adressaten führen können, die jedoch noch keine Druckmittel im Sinne des § 25 Abs.2 sind, werden z.B. angesehen: die wirtschaftliche, gesellschaftliche oder sonstige Abhängigkeit der Empfehlungsempfänger, ihre Bequemlichkeit, das Interesse an guten Geschäftsbeziehungen, und die Preisauszeichnung von Ware oder Verpackung durch den Empfehlenden⁴⁷⁾.

42) BGH, WuW/E 255; Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 10; Belke, ZHR 1974, 293;

43) Belke, ZHR 1974, 294;

44) Langen § 38 Rn. 9, S. 16;

45) BGH, WuW/E 710;

46) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 16; Belke, Die Geschäftsverweigerung S. 377 ff.

47) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 16;

Die für "Druckmittel" charakteristische Absicht der "Willensbeugung" und "Einwirkung auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit" der Adressaten ist nur dann gegeben, wenn der Empfehlende seinen Abnehmern - zumindest nach seiner Vorstellung⁴⁸⁾ - zu erkennen gibt, daß er den Einsatz der Druckmittel von dem künftigen Wohlverhalten der Empfehlungsempfänger abhängig mache. Nur dann, wenn der Empfehlende erkennen läßt, daß er auf die Realisierung des Druckmittels Einfluß habe⁴⁹⁾, und er es nur dann einsetzen würde, wenn der Empfehlungsadressat die Empfehlung nicht einhalte, kann von einer beabsichtigten "Willensbeugung" gesprochen werden. In - sofern stellen diejenigen Nachteilszufügungen keine Druckmittel im Sinne von § 25 Abs. 2 dar, die nicht an ein künftiges Wohlverhalten der Adressaten geknüpft, sondern unbedingt und vorbehaltlos, z.B. aus Gründen legitimer Absatzpflege⁵⁰⁾, getroffen werden. Nach Ansicht des BGH ist es sogar zulässig, wenn ein Hersteller - sozusagen als eine Art Vergeltung - einem anderem einen Nachteil zufügt, "weil" dieser sich nicht in bestimmter Weise verhalten habe⁵¹⁾. Ein derartiges Verhalten bezwecke keine Willensbeugung, wenn nicht gleichzeitig der benachteiligte Händler zu künftigem Wohlverhalten im Sinne des Herstellers veranlaßt werden solle⁵²⁾.

II) Der subjektive Tatbestand des § 38 Abs.1 Nr. 8 iVm. § 25 Abs.2

Die in § 25 bezeichneten Lock - und Druckmittel müssen, wie sich aus der Formulierung des Gesetzes ("um zu") ergibt, zu dem Zweck eingesetzt werden, um die Empfehlungsadressaten zur Einhaltung der Preisempfehlung zu veranlassen.

48) BGH, WuW/E 707 "Saba";

49) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.12;

50) BGH, WuW/E 694, und die ausführlichen Erörterungen mit Beispielen von Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.20 und Belke, ZHR 1974,309 ff.

51) BGH, WuW/E 708; Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 19;

52) BGH, WuW/E 709; a.A. OLG Koblenz, WuW/E OLG 870, das entscheidend darauf abgestellt hat, daß auch eine endgültige, unbedingt verhängte Liefersperre für die Konkurrenten des Gesperrten eine Abschreckungswirkung entfalten könne. Vergl. auch Belke, ZHR 1974,304 ff.

§ 25 Abs. 2 setzt also voraus, daß der Druckausübende seine Abnehmer gerade durch die Druckausübung zu der Einhaltung seiner Preisempfehlung veranlassen will⁵³⁾. Insofern reicht es nicht aus, wenn der Druckausübende bloß die Kausalität zwischen seinem Druckmittel und einer (möglichen) Änderung des Wettbewerbsverhaltens der Adressaten erkennt und billigt (dolus eventualis)⁵⁴⁾. Sein Vorsatz muß vielmehr direkt auf die unzulässige Willensbeeinflussung der Adressaten gerichtet sein. Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus Sinn und Zweck des Gesetzes ergibt sich, daß § 25 Abs. 2 kein Erfolgsdelikt ist, bei dem Eventualdolus genügt, sondern daß sich diese Bestimmung ausschließlich gegen die rechtswidrige Zielsetzung und Absicht des Druckausübenden richtet. Insofern setzt § 25 Abs. 2 auch nicht voraus, daß der erstrebte Erfolg tatsächlich eintritt⁵⁵⁾. Die Willensbeeinflussung der Adressaten muß jedoch nicht das ausschließliche Ziel der Tat sein. § 25 Abs. 2 ist auch dann erfüllt, wenn daneben noch andere Zwecke verfolgt werden⁵⁶⁾. Erst recht steht der Anwendung des § 25 Abs. 2 nicht entgegen, wenn die Willensbeeinflussung der Empfehlungsempfänger lediglich ein Zwischenziel zur längerfristigen Sicherung des Absatzes darstellt⁵⁷⁾.

Der Nachweis dieser Absicht zur Willensbeeinflussung wird in der Praxis nicht immer leicht zu führen sein, weil es sich hierbei um einen inneren Vorgang handelt. Auch hier wird man in der Regel dazu gezwungen sein, von dem äußeren Verhalten auf die innere Einstellung zu schließen. Die besondere Schwierigkeit des Indizienbeweises im Kartellrecht liegt auch bei § 25 Abs. 2 darin, daß allein das objektive Verhalten, hier das Zufügen von Vor- oder Nachteilen für sich genommen noch keinen hinreichenden Anhaltspunkt für die gesetzwidrige Absicht darstellt⁵⁸⁾.

53) Niederleithinger, NJW 64, 1939 1.Sp.;

54) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 19; Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 18; Frankf.Kom. § 25 Rn. 27; a.A. Gutzler, BB 66, 392 f.; Belke, ZHR 1974, 300 ff.;

55) Frankf.Kom. § 25 Rn. 27; Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 10;

56) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 24; Niederleithinger, NJW 64, 1939 1.Sp.;

57) Niederleithinger, aaO.

58) Frankf.Kom. § 25 Rn. 27; Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 25;

Der Beweis ist ^{erst} verbracht, wenn sich die Beweisanzeichen in der Weise häufen, daß alle zusammen genommen einen überzeugenden Schluß auf die rechtswidrige Absicht des Druckausübenden zulassen⁵⁹⁾.

5. Kap. Konkurrenzen und Zusammenfassung

I) Das Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 11

§ 38 Abs. 1 Nr. 11 stellt die Zentralvorschrift dar, an der die vertikalen Preisempfehlungen gemessen werden müssen. Diese Vorschrift will verhindern, daß das primäre Verbot des § 38 Abs.1 Nr. 1 iVm. § 15 dadurch umgangen wird, daß der Hersteller Empfehlungen ausspricht, die ein gleichförmiges Verhalten der Adressaten auf den nachfolgenden Handelsstufen zur Folge haben. § 38 Abs.1 Nr. 11 richtet sich also dagegen, daß der Hersteller, sozusagen in mittelbarer Täterschaft darauf hinwirkt, daß auf der Handelsstufe ein preisbindungsähnlicher Zustand verwirklicht wird. § 38 Abs. 1 Nr. 11 ist in soweit ein Erfolgsdelikt, als nur gleichförmig befolgte Empfehlungen eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

II) Das Preisempfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 12

Während § 38 Abs.1 Nr. 11 nur solche Empfehlungen als ordnungswidrig erklärt, die bereits erfolgreich eine Gesetzesumgehung bewirkt haben, verbietet § 38 Abs.1 Nr.12 schon den Ausspruch von Preisempfehlungen, ohne daß es auf den Erfolg ankäme⁶⁰⁾. Insofern untersagt § 38 Abs.1 Nr. 12 bereits den Versuch einer Gesetzesumgehung. Eine solche ausdrückliche Regelung der Ordnungswidrigkeit des Versuchs ist wegen § 13 Abs. 2 OWiG (75) erforderlich. Der Gesetzgeber hat jedoch offensichtlich davon Abstand genommen, den Versuch einer durch Empfehlungen bewirkten Gesetzesumgehung generell zu untersagen. Er hat vielmehr

59) BGH, WuW/E 711; Belke, ZHR 1974, 316;

60) Belke, ZHR 1974, 318;

nur diejenigen Versuche einer Gesetzesumgehung als ordnungswidrig erklärt, die durch bestimmte, wirtschaftspolitisch besonders ins Gewicht fallende Empfehlungen bewirkt werden. Aus dem weiteren Kreis von Empfehlungen, die gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 11 eine Gesetzesumgehung bewirken können⁶¹⁾, wurden lediglich die vertikalen Preisempfehlungen an Wiederverkäufer herausgegriffen und in einem selbständigen Versuchstatbestand⁶²⁾ für ordnungswidrig erklärt.

Da sich § 38 Abs. 1 Nr. 12 im Hinblick auf vertikale Preisempfehlungen von § 38 Abs. 1 Nr. 11 nur dadurch unterscheidet, daß für die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 12 der mit der Empfehlung angestrebte Umgehungserfolg noch nicht eingetreten zu sein braucht, ist § 38 Abs. 1 Nr. 12 subsidiär zu § 38 Abs. 1 Nr. 11. Das Aussprechen von Empfehlungen stellt eine notwendige Durchgangsstufe der Tatbestandsverwirklichung der erfolgsqualifizierten Ordnungswidrigkeit des § 38 Abs. 1 Nr. 11 dar. Insofern wird im Fall der erfolgreichen Preisempfehlung der Versuchstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 12 von § 38 Abs. 1 Nr. 11 verdrängt, sodaß für eine Idealkonkurrenz zwischen beiden Vorschriften kein Raum mehr ist⁶³⁾. Da jedoch beide Ordnungswidrigkeiten gemäß § 38 Abs. 4 mit dem gleichen Bußgeldrahmen bedroht sind, ist es sowieso ohne praktische Bedeutung, welche der verletzten Bestimmungen zur Strafbildung herangezogen wird.

III) Das Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 8 iVm. § 25

Das Verbot des § 38 Abs. 1 Nr. 8 wird in Bezug auf vertikale Preisempfehlungen in zweifacher Weise relevant; einerseits hinsichtlich des Druckverbots des § 25 Abs. 2, andererseits im Hinblick auf das Abstimmungsverbot des § 25 Abs. 1.

-
- 61) § 38 Abs. 1 Nr. 11 erfaßt im Gegensatz zu § 38 Abs. 1 Nr. 12 neben vertikalen Preisempfehlungen noch
- (1) horizontale Empfehlungen
 - (2) Preisempfehlungen für gewerbliche Leistungen und
 - (3) Empfehlungen, die keine Wiederverkaufspreise zum Gegenstand haben. Vergl. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 17;
- 62) Belke, ZHR 1974, 422;
- 63) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 18 und Belke, ZHR 1974, S. 421, die beide Idealkonkurrenz annehmen.

A) Das Druckverbot des § 25 Abs.2

1) Die Konkurrenz zu § 38 Abs.1 Nr. 12

§ 25 Abs. 2 verbietet bestimmte qualifizierte Maßnahmen, die auf eine Beschränkung der wettbewerblichen Entscheidungsfreiheit der Adressaten zielen, und damit zugleich die Institution des Wettbewerbs gefährden⁶⁴⁾. Ebenso wie § 38 Abs.1 Nr.12 wird § 25 Abs.2 auch dann erfüllt, wenn der Beeinflussungsversuch erfolglos bleibt. § 25 Abs.2 stellt demnach einen verselbständigten Versuchstatbestand dar, der durch die rechtswidrige Zielsetzung des Druckausübenden qualifiziert ist. Das Druckverbot des § 25 Abs.2 steht trotzdem zu § 38 Abs.1 Nr. 12 nicht im Verhältnis der Spezialität, da § 25 Abs.2 auch erfüllt werden kann, ohne daß notwendigerweise § 38 Abs.1 Nr. 12 erfüllt werden muß. Zwar ist der von Sandrock⁶⁵⁾ geprägte Satz: "Wer drückt, empfiehlt auch" durchaus zutreffend. Das Druckverbot des § 25 Abs.2 wird aber auch dann verletzt, wenn der Druckausübende die Adressaten nicht zur Einhaltung einer Preisempfehlung, sondern zu einem sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhalten veranlassen will. Insofern steht § 25 Abs.2 zu § 38 Abs.1 Nr. 12 im Verhältnis der Idealkonkurrenz.

Die

2) Konkurrenz mit § 38 Abs.1 Nr. 11

§ 25 Abs. 2 verlangt zur Tatbestandserfüllung einerseits mehr als § 38 Abs.1 Nr. 11 - nämlich die Androhung oder Anwendung von Druckmitteln - andererseits aber auch weniger als § 38 Abs.1 Nr.11, der ja die tatsächliche Bewirkung der Umgehung eines Verbots durch gleichförmiges Verhalten voraussetzt⁶⁶⁾. Insofern haben beide Vorschriften sich wechselseitig überschneidende Aufgabenfelder und stehen somit zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz. Die

64) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 2;

65) Sandrock, JurA 71,60;

66) Loos, BB 58,177 r.Sp.;

Idealkonkurrenz wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Empfehlung mit "Nachdruck" ausgesprochen wird. Die Empfehlung setzt begrifflich lediglich die rechtliche Unverbindlichkeit voraus⁶⁷⁾. Die faktische Unverbindlichkeit, auf die der BGH in seiner Entscheidung vom 6.6.1963 (Osco-Parat)⁶⁸⁾ abstellt, ist lediglich für die Frage der Legalisierbarkeit der Preisempfehlung von Bedeutung. So stellt auch Huber⁶⁹⁾ fest, daß auch die druckuntermauerte Preisempfehlung weiterhin eine Empfehlung bleibt. Die nachdrückliche Empfehlung steht zu der faktisch unverbindlichen Empfehlung im Verhältnis wie plus zu minus. Sie ist kein aliud⁷⁰⁾.

Besondere Bedeutung gewinnt der Drucktatbestand des § 25 Abs.2 insofern, weil er - anders als die Empfehlungsverbote - für die Empfehlungsadressaten ein Schutzgesetz, im Sinne von § 35 darstellt, wonach diese einen zivilrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch wegen Eingriffs in ihre wettbewerbliche Entschließungsfreiheit geltend machen können⁷¹⁾.

B) Das Abstimmungsverbot des § 25 Abs.1

1) Das Konkurrenzverhältnis zu § 38 Abs. 1 Nr.11

Während § 38 Abs.1 Nr. 11 lediglich die einseitige Einflußnahme durch den Empfehlenden verbietet, richtet sich das Abstimmungsverbot des § 25 Abs.1 gegen wechselseitige Einflußnahmen. Eine Abstimmung setzt voraus, daß sich die Empfehlungsempfänger mit dem Empfehlenden verständigen. Das bloße Befolgen einer Empfehlung stellt noch kein "aufeinander Abstimmen" dar⁷²⁾. Obwohl § 25^{abs.1} demnach einen engeren

67) BGH, WuW/E 370;

68) BGH, WuW/E 539;

69) Huber, Empfehlungsverbot S. 92;

70) wie hier Frankf.Kom. § 25 Tz. 39; a.A. Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 31;

71) Belke, ZHR 1941, 318;

72) Benisch, GemKom. § 25 Abs.1 Rn. 29, S.34;
a.A. Belke, ZHR 1974,94;

Rahmen im Verhältnis zu § 38 Abs.1 Nr.11 bei ansonsten im wesentlichen gleichen Voraussetzungen aufweist, kann ein ^{Spezialitäts-}verhältnis nicht bejaht werden, weil § 25 Abs.1 auch erfüllt werden kann, ohne daß notwendigerweise zugleich gegen § 38 Abs.1 Nr. 11 verstoßen wird. Ein solcher Fall des abgestimmten Verhaltens, das nicht auf einer einseitigen Empfehlung beruht, ist zum Beispiel dann gegeben, wenn die Abstimmungsbeteiligten von Anfang an willensmäßig übereinstimmen. In diesem Fall gibt es nichts mehr zu empfehlen, weil bereits alle Beteiligten die positive Einstellung zur gleichen Verhaltensweise erkennen lassen⁷³⁾. Durch die gegenseitige Abstimmung vergewissern sich die Beteiligten lediglich, daß sie sich wechselseitig darauf verlassen können, daß auch die anderen sich abstimmungsgemäß verhalten werden. Ein weiterer Unterschied zwischen § 25 Abs.1 und § 38 Abs.1 Nr. 11 besteht darin, daß das Umgebungsverbot lediglich bei gleichförmiger Befolgung der Empfehlung eingreift, während ein Verstoß gegen das Abstimmungsverbot auch durch unterschiedliche Verhaltensweisen (z.B. Spezialisierung) möglich ist⁷⁴⁾. Insofern steht § 25 Abs.1 zu § 38 Abs.1 Nr. 11 im Verhältnis der Idealkonkurrenz⁷⁵⁾.

2) Die Konkurrenz zu § 38 Abs. 1 Nr. 1

Das Hinwegsetzungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.1 steht zu § 25 Abs.1 im Verhältnis der Spezialität, da sich beide Bestimmungen gegen eine Koordination des wettbewerblichen Verhaltens wenden, § 38 Abs.1 Nr.1 aber darüberhinaus verlangt, daß sich die Beteiligten mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen einigen⁷⁶⁾. Da die Praktizierung eines nichtigen Vertrags immer eine Abstimmung voraussetzt und der Bußgeldrahmen gemäß § 38 Abs. 4 in beiden Fällen gleich ist, geht Belke sogar soweit, daß er die ersatzlose Streichung des § 38 Abs.1 Nr. 1 fordert⁷⁷⁾.

73) so auch Mayer-Wegelin, Gem.Kom. § 38 Rn. 31;

74) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 29,S.34;

75) wie hier Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 29; a.A. Belke, ZHR 1974,94,der Spezialisierung annimmt;

76) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 29,S.33;

77) Belke, ZHR 1975,150;

3) Die Konkurrenz zu § 25 Abs.2

Das Abstimmungsverbot des § 25 Abs.1 unterscheidet sich vom Druckverbot des § 25 Abs.2 insbesondere durch die Unverbindlichkeit und Wechselseitigkeit der Verständigung, die Herbeiführung des abgestimmten Verhaltens und die durch die Beteiligung der Adressaten bewirkte Ordnungswidrigkeit ihres Verhaltens. Insofern stehen § 25 Abs.1 und § 25 Abs.2 in keinem Konkurrenzverhältnis⁷⁸⁾.

IV) Das Mitwirkungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 10

1) Die Konkurrenz mit § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12

§ 38 Abs. 1 Nr. 10 verselbständigt die Teilnahme an einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs.1 Nr. 1 bis 9 zur Täterschaft, „sofern sie durch Empfehlungen begangen wird. Insofern ist eine Idealkonkurrenz mit § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 möglich, soweit die Empfehlung, durch die der Empfehlende an der Ordnungswidrigkeit der Adressaten mitwirkt, eine Preisempfehlung darstellt, bzw. gleichförmig eíngehalten wird⁷⁹⁾“.

2) Die Konkurrenz mit § 25 Abs.1

Das Mitwirkungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 10 steht zum Abstimmungsverbot des § 25 Abs.1 im Verhältnis der Subsidiarität, wenn der Empfehlende sich mit dem Empfehlungsadressaten dergestalt vertikal abgestimmt hat, daß er bestimmte Empfehlungen aussprechen solle, deren Einhaltung die Empfehlungsadressaten zugesichert haben. In diesem Fall tritt das Mitwirkungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 10 als Teilnahmetatbestand hinter das Abstimmungsverbot zurück, da das Mitwirkungsverbot keinen weiterreichenden Schutzzweck verfolgt als das Abstimmungsverbot des § 25 Abs.1.

78) Benisch, Gem.Kom. § 25 Abs.1 Rn. 29, S. 34;

79) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 18;

V) Zusammenfassung

Das GWB, das die Aufgabe hat, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs⁸⁰⁾ als Motor und Steuermechanismus des marktwirtschaftlichen Systems zu sichern, geht davon aus, daß dieses Ziel am ehesten dann erreicht wird, wenn die einzelnen Marktteilnehmer ihre Preise autonom festsetzen. Aus diesem Grund soll die autonome Preisbildung auf den verschiedenen Marktstufen vor vertikalen Beeinflussungsversuchen geschützt werden. Der Gesetzgeber hat sich dabei von der Ansicht leiten lassen, daß insbesondere der Schutz des produktinternen Wettbewerbs⁸¹⁾ zwischen Anbietern derselben Ware bzw. Marke die marktwirtschaftliche Steuerung verbessert, ein Anreiz zur Leistungssteigerung in Handel und Industrie geschaffen und die wettbewerbliche Preisbildung tendenziell gefördert werde⁸²⁾. Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber zum Schutze der autonomen Preisbildung auf den Marktstufen ein Geflecht von Schutzvorschriften erlassen.

Als Grundnorm muß § 15 angesehen werden, wonach Preisbindungsverträge als rechtlich unwirksam erklärt werden. Um zu verhindern, daß die Marktbeteiligten auch ohne vertragliche Bindung durch faktisches Verhalten einen preisbindungsähnlichen Zustand herbeiführen, hat der Gesetzgeber zusätzlich ein detailliertes System von Verbotsvorschriften geschaffen. Danach sind praktisch alle Formen der vertikalen Preisempfehlung grundsätzlich verboten und können als Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden. Voraussetzung ist allerdings, daß es sich um echte Empfehlungen handelt, die - für die Adressaten erkennbar - von dem Beeinflussungswillen des Empfehlenden getragen werden. Reine Meinungsäußerungen und Preisinformationen werden hingegen von den Empfehlungsvorboten nicht erfaßt.

80) Regierungsentwurf, BT-Drucks. VI/ 2520, S. 14 ff., 21ff.; ferner Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik 1969, S. 38 ff.

81) Belke, ZHR 1974, 243;

82) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 585;

Von diesen rigorosen, grundsätzlichen Empfehlungsverboten hat der Gesetzgeber jedoch, in Fällen, in denen ihm dies wirtschaftspolitisch sinnvoll erschien, unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmeregelungen vorgesehen, um dadurch der Wirtschaftswirklichkeit und den berechtigten Interessen der Marktbeteiligten Rechnung zu tragen. Um sicherzustellen, daß durch diese Freistellung von den grundsätzlichen Empfehlungsverboten nicht gegen Schutzzwecke des GWB verstoßen wird, hat der Gesetzgeber die Praktizierung dieser freigestellten Empfehlungen jeweils einer strengen Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde unterstellt.

Von den grundlegenden Empfehlungsverboten des § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 sind zum einen gemäß § 38a die vertikalen Preisempfehlungen für Markenwaren und zum anderen gemäß § 38 Abs.3 die sog. Mittelstandsempfehlungen freigestellt worden. Da die hauptsächliche Bedeutung der Mittelstandsempfehlungen^{jedoch} auf dem Gebiet der horizontalen Empfehlungen liegt, soll im Rahmen dieser Untersuchung, die sich mit vertikalen Preisempfehlungen beschäftigt auf, die Mittelstandsempfehlungen nicht näher eingegangen werden. Insofern wird in dem folgenden Abschnitt ausschließlich die Freistellungsregelung des § 38a, der vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren betrifft, untersucht werden.

3. Abschnitt: Die Ausnahmenvorschrift des § 38a, betreffend
"Unverbindliche Preisempfehlungen" für
Markenwaren

Während vor der 2. GWB-Novelle (1973) die Freistellungsmöglichkeit für Markenwarenpreisempfehlungen auf der, vom BGH im 4711-Urteil aufgezeigten Analogie zur Preisbindung für Markenwaren (§16) beruhte, hat der Gesetzgeber in der 2. GWB-Novelle mit § 38a eine besondere Ausnahmenvorschrift geschaffen. Dies war nötig geworden, da der Gesetzgeber gleichzeitig die Markenwarenpreisbindung abgeschafft hatte. Der neue § 38a knüpft an den bisherigen Rechtszustand an, verzichtet jedoch aus verwaltungsökonomischen Gründen auf die Anmeldung der Empfehlung, schließt die sog. Mondpreisempfehlungen aus der Freistellung aus (§ 38a Abs.1 Nr.2) und verschärft die Mißbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt (§ 38a Abs.3 iVm. § 44 Abs.1 Nr. 1 b)⁸³⁾. § 38a stellt vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren von dem Empfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.12 und dem Umgehungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 11 frei; nicht jedoch von dem Druckverbot des § 38 Abs.1 Nr.8 iVm. § 25 Abs.2 und dem Mitwirkungsverbot des § 38 Abs.1 Nr. 10. Der Gesetzgeber war nach "reiflicher Überlegung" zu der Auffassung gelangt, daß echte "Unverbindliche Preisempfehlungen" für die Marktbeteiligten und die Wettbewerbsintensität auf den Handelsstufen mehr positive als negative Wirkungen hervorrufen und somit mit den Zielsetzungen des GWB vereinbar sind. Deshalb sollten sie - zumindest für eine Übergangszeit - beibehalten werden⁸⁴⁾. Demgegenüber stellen nachdrückliche Empfehlungen (§ 25 Abs.2) bereits eine intensive Gefährdung der Wettbewerbsfreiheit dar; sie konnten deshalb nicht von dem Verbot des § 38 Abs.1 Nr.8 befreit werden. Erst recht konnten diejenigen Preisempfehlungen nicht freigestellt werden,

83) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

84) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,594;

mit denen der Empfehlende an Ordnungswidrigkeiten der Empfehlungsadressaten mitwirkt (§ 38 Abs.1 Nr.10), die also bereits zu einem ordnungswidrigen Verstoß gegen Ziele des GWB geführt haben⁸⁵⁾. Insofern entfällt die Freistellungswirkung gemäß § 38a, wenn sich die Empfehlungsempfänger untereinander oder mit dem .Empfehlenden auf die Einhaltung der Empfehlung gemäß § 25 Abs.1 abgestimmt haben⁸⁶⁾. Die Ausnahmeregelung des § 38a ist ausschließlich auf vertikale, nicht auch auf horizontale Preisempfehlungen anwendbar, was sich schon aus dem Tatbestandsmerkmal der " Weiterveräußerung" seiner Markenware" ergibt.

Im Folgenden sollen nunmehr die im Vergleich zum früheren Rechtszustand enger gefaßten⁸⁷⁾ Zulässigkeitsvoraussetzungen der "Unverbindlichen Preisempfehlungen für Markenwaren" untersucht werden.

1. Kap. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

I) Die Markenwareneigenschaft

Nach § 38a Abs.1 sind unverbindliche Preisempfehlungen von den Verboten des § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 freigestellt, die ein Unternehmen für die Weiterveräußerung seiner Markenwaren ausspricht. Was das Gesetz als Markenwaren ansieht, wird in § 38a Abs.2 definiert. Danach sind Markenwaren solche Erzeugnisse, die

- einerseits in bestimmter Weise mit einem Herkunftsmerkmal versehen sind (1) und bei denen
- andererseits das empfehlende Unternehmen die Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte gewährleistet (2).

85) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 3;

86) Merkblatt des BKartA, abgedruckt in Heft 71 der FIW-Schriftenreihe, S. 122, III Nr. 1;

87) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 594;

a) Herkunftszeichen

Die Markenware muß ein "ihre Herkunft kennzeichnendes Merkmal" tragen. Nicht erforderlich, aber ausreichend ist die Angabe eines eingetragenen Warenzeichens⁸⁸⁾. Es genügt vielmehr jedes "Firmen-, Wort- oder Bildzeichen", das die Verbraucher auf das preisempfehlende Unternehmen hinweist. Angesichts des unter Umständen recht unterschiedlichen Qualitätsniveaus der verschiedenen Hersteller wird den Käufern durch diese eindeutige Herkunftskennzeichnung das für den Kaufentschluß wichtige, zu erwartende Qualitätsniveau der angebotenen Waren transparenter gemacht.⁸⁹⁾

Da § 38a den Kreis der Empfehlungsberechtigten nicht auf Hersteller beschränkt, können auch Großhändler und Importeure Preisempfehlungen aussprechen. Voraussetzung ist allerdings, daß sie die zunächst markenlose Ware mit einer Eigenmarke, die auf sie selbst hindeutet, versehen (Handelsmarke)⁹⁰⁾. Das gleiche gilt für Hersteller, die markenlose Erzeugnisse zur Abrundung ihres Sortiments zukaufen, um sie mit ihrer (Handels-) Marke versehen abzusetzen⁹¹⁾. Aber auch für importierte Markenwaren eines ausländischen Markenwarenherstellers, darf ein (Allein-) Importeur im Namen und Auftrag des ausländischen Herstellers Preisempfehlungen aussprechen, wenn er von diesen schriftlich dazu ermächtigt wurde. Dies darf jedoch nicht dazu führen, daß mehrere Importeure unterschiedliche Preisempfehlungen für dieselbe Ware aussprechen. Nach Auffassung des Bundeskartellamts muß der ausländische Hersteller die schriftliche Ermächtigung alle 2 Jahre erneuern⁹²⁾.

Nicht zulässig ist es hingegen, wenn ein Großhändler oder Hersteller fremde Marken vertreibt

88) Völp, WRP 58,2; Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 31;

89) auf diesen Zusammenhang zwischen Herkunftskennzeichnung und Gütegarantie weist auch Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 31 hin.

90) Belke, ZHR 1974, 425;

91) Merkblatt des BKartA FIW 71 S. 118 I Nr. 5 b;

92) Merkblatt des BKartA FIW 71 S. 118 I Nr. 5 c; vergl. hierzu Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 23;

und für diese fremden Marken eigene Preisempfehlungen aussprechen will⁹³⁾. Aus diesem Grunde hat das Bundeskartellamt im "Elektroeinbaugeräte-Fall"⁹⁴⁾ gegen einen Küchenmöbelhersteller ein Bußgeld verhängt, der von sich aus für Elektroeinbaugeräte verschiedener Markenwarenersteller, die selbst keine Preisempfehlungen ausgesprochen hatten, in seiner Preisliste Preisempfehlungen für die Markenwaren dieser fremden Hersteller ausgesprochen hatte. In diesem Falle fehlte es an der erforderlichen, auf den Empfehlenden hinweisenden Kennzeichnung durch eine Eigenmarke. Aber auch der bloße Zusatz einer Handelsmarke zu einem vorgegebenen Herstellerzeichen gibt einem Großhändler noch nicht die Berechtigung zum Aussprechen einer Preisempfehlung, weil er damit, gegenüber dem Verbraucher, noch nicht allein die Gütegewähr übernimmt⁹⁵⁾. Hersteller- und Handelsempfehlungen schließen sich insofern gegenseitig aus. Zulässig ist es jedoch, wenn Großhändler und Importeure ihnen gegenüber zulässigerweise ausgesprochene Preisempfehlungen an ihre Wiederverkäufer weitergeben⁹⁶⁾. In diesem Fall sprechen sie keine eigene Preisempfehlung aus, sondern leiten lediglich die Empfehlung des Vorlieferanten weiter, der weiterhin als Garant für die Qualität der Ware erkennbar bleibt.

Da das Zeichen die Herkunft von dem Empfehlenden kennzeichnen soll, sind geographische Herkunftsangaben, Verbandszeichen (§ 17 WZG) und Gütezeichen allein noch nicht ausreichend, weil sie keine eindeutige Beziehung zu dem einzelnen preisempfehlenden Unternehmen herstellen⁹⁷⁾.

93) Belke, ZHR 1974, 426;

94) WuW/E BKartA 1645 = WuW 77, 57;

95) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 23;

96) Merkblatt des BKartA, aaO. I 5 d; Gutzler, WRP 73, 567; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 23;

97) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 31, S. 27; a.A. Völpl, WRP 58, 2;

b) Träger des Herkunftszeichens

Mit dem Herkunftszeichen zu versehen, ist nach § 38 a Abs.2 entweder die Ware selbst, oder die Umhüllung oder Ausstattung oder das Behältnis, aus dem die Ware verkauft wird. Mit dem Verkauf aus einem Behältnis sind alle Fälle des Abfüllens aus größeren Einheiten, aus Säcken, Fässern, Tanks oder Flaschen gedeckt. Wichtig ist, daß die Markierung beim Abfüllvorgang für den Verbraucher kontrollierbar bleibt⁹⁸⁾.

2) Die Qualitätsgarantie

a) Die Rechtsnatur des Kriteriums der Qualitätsgarantie

Als Tatbestandsmerkmal des § 38 a, der die Freistellung bestimmter vertikaler Preisempfehlungen von den grundsätzlichen Empfehlungsverboten des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 regelt, ist das Kriterium der Qualitätsgarantie sicherlich ein kartellrechtliches, d. h. öffentlich-rechtliches Tatbestandsmerkmal. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, welcher ~~ein~~ rechtliche Charakter dieser Qualitätsgarantie zukommt, die als Anknüpfungspunkt für den kartellrechtlichen Tatbestand dienen soll. Es kommt einerseits eine schuldrechtliche Gewährleistungsübernahme in Betracht (aa), andererseits könnte auch nur eine tatsächliche, objektive Gütekonstanz gemeint sein (bb). Bevor auf diese beiden Auslegungsmöglichkeiten eingegangen wird, soll vorab noch klargestellt werden, daß das Kriterium der "Gewähr gleichbleibender oder verbesserter Güter" in keinem Fall die Abnehmer vor einzelnen, nie ganz ausschließbaren Fehlleistungen⁹⁹⁾, die Gegenstand des Gewährleistungsrechts und der Produzentenhaftung sind, schützen will, sondern daß dieses Kriterium vielmehr nur das Absinken

98) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 31, S. 27;
Völp, WRP 58,2;

99) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 33;

des gesamten Qualitätsniveaus des empföhlenen Produkts im Auge hat.

aa) Qualitätsgarantie als schuldrechtliche Garantie

Sowohl der Gesetzeswortlaut, als auch die Äußerung des wirtschaftspolitischen Ausschusses, der damals hinsichtlich der Freistellung vom Preisbindungsverbot ausgeführt hat, daß er es für unerläßlich halte, " ausdrücklich eine rechtliche Gewährleistungspflicht des preisbindenden Unternehmens gegenüber den preisgebundenen Unternehmen bezüglich der Qualität zu konstituieren "¹⁰⁰⁾, lassen auf eine echte schuldrechtliche Garantieübernahmepflicht des preisempfehlenden Unternehmens schließen. Gleichwohl wird nach allgemeiner Meinung eine derartige Pflicht des Empfehlenden zu einer schuldrechtlichen Garantieübernahme abgelehnt¹⁾. Die Qualitätsgarantie sei nur ein kartellrechtliches Erfordernis, dessen Verletzung nur kartellrechtliche Folgen auslöse. Vor allem wird darauf hingewiesen, daß das Gewährleistungsrecht ausreichend und abschließend im Kaufrecht geregelt sei²⁾. Außerdem könne sich ein echtes Gewährleistungsrecht nur auf abgeschlossene Kaufverträge erstrecken, während sich die in Frage stehende Garantie gleichbleibender Güte gerade auf das künftige Angebot beziehe³⁾.

Diese Argumente sind zwar nicht sonderlich überzeugend. Es ist nicht ganz einzusehen, warum es a priori ausgeschlossen sein solle, daß dem Käufer neben den Gewährleistungsansprüchen nach §§ 459 ff. BGB nicht durch das GWB ein weiterer Anspruch eingeräumt werden

100) siehe Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 11 Abs.2 des Regierungsentwurfs, abgedruckt in Gem.Kom.1.Aufl. S.1183;

1) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 32 und Frankf.Kom. § 16 Tz.17 mit weiteren Nachw.;

2) Frankf.Kom. § 16 Tz. 18;

3) Frankf.Kom. § 16 Tz. 18;

sollte, der darauf zielt, sein Vertrauen in das einmal erreichte und in der Regel auch bekannt gewordene Qualitätsniveau zu schützen und es nur in diesem Fall dem Unternehmen gestattet werden sollte, Preisbindungen bzw. nunmehr Preisempfehlungen auszusprechen. Durch einen eigenständigen "Qualitätsniveaugewährleistungsanspruch" hätte der Käufer eine wirk-same Möglichkeit, sich gegen versteckte Quali-tätsverschlechterungen, wie zum Beispiel die stillschweigende Reduzierung der Blechstärke bei Kraftfahrzeugen, ein ungünstigeres Mischungs-verhältnis von Kunststoffen oder auch nur eine generell unsorgfältigere Verarbeitung der neuen Serien zur Wehr setzen, die nach dem Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. BGB in der Regel nicht erfaßt werden. Zwar ist es zutreffend, daß sich die Garantie der gleichbleibenden Güte auf das zukünftige Angebot bezieht⁴⁾, die Realisierung des sich daraus ergebenden schuld-rechtlichen Anspruchs würde jedoch nur im Rahmen der abgeschlossenen Kaufverträge erfolgen. Solange das preisempfehlende Unternehmen an seiner Preisempfehlung festhält, müßte es sich an dem einmal erreichten und häufig auch in der Werbung herausgestellten oder sonstwie bekannt gewordenen Qualitäts-niveau festhalten lassen.

Gleichwohl ist der h.M. beizupflichten, daß letztenEndes ein derart weitreichender schuld-rechtlicher Gewährleistungsanspruch der Ab-nehmer -, so wünschenswert er auch immer erschei-nen mag - aus dem Gesetz nicht herausgelesen werden kann. Die Tatsache, daß das Gesetz weder die konkreten tatbestandsmäßigen Voraussetzungen noch die Rechtsfolgen, noch den Kreis der Be-rechtigten eines derartigen schuldrechtlichen

4) Frankf. Kom. § 16 Tz. 18;

Gewährleistungsanspruches ausdrücklich geregelt hat, spricht eindeutig gegen die Annahme, daß das GWB eine Freistellung von den Empfehlungsverboten nur für solche Waren vorgesehen wollte, für die der Empfehlende eine schuldrechtliche Gewährleistung übernommen hat. Der Gesetzgeber hätte diese zentralen Fragen des Inhalts und Umfangs eines derartigen Gewährleistungsanspruches ausdrücklich im Gesetz regeln müssen. Da dies der Gesetzgeber unterlassen und auch keine hinreichend konkreten Maßstäbe gesetzt hat, können diese zentralen Fragen auch nicht im Wege der Interpretation gelöst werden. Insofern ist dem Frankfurter Kommentar⁵⁾ zuzustimmen, daß die mißverständliche Formulierung des Gesetzestextes und die Äußerung des wirtschaftspolitischen Ausschusses "nicht ganz wörtlich zu nehmen sind". Selbst Hesse⁶⁾, der im Ergebnis einen schuldrechtlichen Gewährleistungsanspruch gegen den Hersteller bejaht, leitet diesen nicht aus der Qualitätsgarantie für die Markenware, sondern aus dem verstärkten sozialen Kontakt zwischen Hersteller und Verbraucher ab⁷⁾.

bb) Nur tatsächliche Gütekonstanz

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, daß das Kriterium der "Gewährleistung einer gleichbleibenden oder verbesserten Güte" nur in dem Sinne verstanden werden kann, daß das empfehlende Unternehmen rein tatsächlich Gewähr dafür bieten muß, daß das einmal festgelegte Qualitätsniveau auch in Zukunft nicht unterschritten werde⁸⁾. Dies setzt voraus,

5) Frankf.Kom. § 16 Tz. 19;

6) Hesse, Vertikale Preisbindung und Produkthaftung, in Festschrift für Wilde, Berlin 71;

7) Hesse, aaO. S. 58 u. 63;

8) Völp, WRP 58,2;

daß das preisempfehlende Unternehmen durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen sicherstellt, daß Verschlechterungen nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen werden können⁹⁾. Während der Hersteller zu derartigen Maßnahmen der Qualitätssicherung und -kontrolle in der Regel ohne weiteres imstande ist, ist es für einen Großhändler mangels eigener Herstellung ungleich schwieriger selbst für gleichbleibende oder verbesserte Qualität zu garantieren¹⁰⁾. Trotzdem muß er, wenn er Wiederverkaufspreise empfehlen will, einen ausreichenden Einfluß auf die Qualitätssicherung ausüben, und dadurch sicherstellen, daß die Waren, die er von Vorlieferanten bezieht, tatsächlich in gleichbleibender oder verbesserter Güte geliefert werden. Wie das Kammergericht im Fall "Roxy International"¹¹⁾ ausgeführt hat, ist hierzu nicht in jedem Fall erforderlich, daß der Händler selbst die Produktion im Herstellerbetrieb laufend überwacht und kontrolliert. Es könne unter Umständen auch ausreichen, wenn der Händler mit dem Hersteller ausdrückliche Vereinbarungen über die Gestaltung der Produktion treffe, in denen er genaue Einzelheiten hinsichtlich der von ihm abzunehmenden Erzeugnisse festlegt. Entscheidend ist jedenfalls, daß das empfehlende Unternehmen allein die tatsächliche Gewähr für die gleichbleibende oder verbesserte Qualität der Ware bietet.

9) vergl. Frankf.Kom. § 16 Tz. 27, der es jedoch für unzulässig hält, wenn das BKartA im Einzelfall nachprüft, ob die konkreten Maßnahmen zur Qualitätssicherung ausreichend sind.

10) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 35;

11) WuW/E OLG 1668 = WuW 76,336; ebenso Gutzler, WRP 73,567;

b) Inhalt der Gewährleistung

aa) Sachlicher Inhalt

Sachlich bezieht sich die Gütegewährleistung auf die objektive Konstanz der verkehrswesentlichen Eigenschaften einer Markenware¹²⁾. Was als verkehrswesentliche Eigenschaft anzusehen ist, hängt allerdings auch von der subjektiven Einschätzung durch die maßgeblichen Verkehrskreise ab¹³⁾. Das Qualitätsniveau wird dann unterschritten, wenn sich die maßgeblichen, verkehrswesentlichen Eigenschaften der Ware objektiv ändern und der Verkehr diese Änderung als Verschlechterung empfindet. Vergleichsmaßstab für das Gleichbleiben der Güte ist die Anfangsqualität der Ware im Zeitpunkt der Einführung der vertikalen Preisempfehlung¹⁴⁾. Ein gewisses Mindestniveau der Anfangsgüte wird jedoch grundsätzlich nicht vorausgesetzt.¹⁴⁾ Wenn allerdings eine Ware offensichtlich nicht einmal den einfachsten Käufererwartungen gerecht wird, so kann nicht mehr von einer "Markenware" gesprochen werden, deren gleichbleibende "Güte" garantiert werde¹⁵⁾.

bb) Die Konstanz des Qualitätsniveaus

Das Qualitätsniveau einer Markenware darf lediglich verbessert, nicht jedoch verschlechtert werden...Bereits geringfügige Qualitätsminderungen reichen für den Verlust der Markenwareneigenschaft aus, wenn sie sich auf die gesamte Serie beziehen und nicht nur einmalige, nie ganz vermeidbare Fehlleistungen darstellen¹⁶⁾. Lediglich bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen werden weniger strenge Anforderungen an die Qualitätskonstanz gestellt (§38 a Abs.2 Satz 2)¹⁷⁾.

12) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 33; Frankf.Kom. § 16 Tz. 22;

13) Frankf.Kom. § 16 Tz. 25;

14) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 33; Frankf.Kom. § 16 Tz. 23;

15) wie hier Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 33 unter Hinweis auf Mellerowicz, Markenart.2.Aufl.S.23;

16) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 33;

17) Frankf.Kom. § 16 Tz. 26; Gem.Kom. § 16 Rn. 46;

Wurde im Laufe der Zeit das Qualitätsniveau einer Markenware verbessert, so ist auch ein Zurückfallen auf die Anfangsqualität nicht erlaubt, da das Vertrauen der Kunden in die einmal erreichte Qualität geschützt werden soll. Problematisch ist es, wenn eine Ware gleichzeitig in einer Beziehung verbessert, in einer anderen verschlechtert wird. Hier wird man im Einzelfall prüfen müssen, ob nicht eine neue Markenware geschaffen wurde, wodurch die Gütekonstanz unterbrochen würde¹⁸⁾. In diesem Fall bräuchte die neue Markenware im Vergleich zur alten Markenware nicht von gleichbleibender oder verbesserter Güte sein. Da vertikale Preisempfehlungen nach § 38 a nicht mehr wie im früheren Recht beim Bundeskartellamt angemeldet werden müssen, sondern sofort praktiziert werden dürfen, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind¹⁹⁾, kann das Erfordernis der Gütekonstanz durch das Aussprechen von "neuen" Preisempfehlungen auf legale Weise umgangen werden. Insofern ist Kazmeyer²⁰⁾ zuzustimmen, daß das Kriterium der Qualitätsgarantie in der Verwaltungspraxis kaum eine nennenswerte Bedeutung erlangen wird.

c) Abgrenzung: Markenware - markierte Ware

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten Preisempfehlungen nur für echte Markenwaren mit Gütegarantie, nicht aber für nur markierte Waren ausgesprochen werden dürfen. Theoretisch lassen sich beide Kategorien klar durch das Erfordernis der Gütegarantie unterscheiden. In der Praxis ist dies jedoch nicht möglich. Da das Kriterium der

18) Frankf.Kom. § 16 Tz. 20;

19) Kazmeyer, FIW 66 S. 107;

20) Kazmeyer-Hennig, BB 76,946 r.Sp.;

"Gewährleistung einer gleichbleibenden oder verbesserten Güte" nach allgemeiner Meinung nicht als schuldrechtliche Gewährübernahme, sondern lediglich im Sinne einer Qualitätskonstanz aufgefaßt wird, können Markenwaren von nur markierten Waren ex ante nicht unterschieden werden. Lediglich ex post läßt sich feststellen, ob das zunächst festgelegte Qualitätsniveau unterschritten wurde. Unter der Voraussetzung, daß die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen beachtet werden, sind demnach Preisempfehlungen zunächst für alle irgendwie markierten²¹⁾, auf den Empfehlenden hindeutenden Waren zulässig, sofern nicht - wie unter Umständen bei Handelsmarken - von vorneherein festgestellt werden kann, daß der Empfehlende überhaupt keinen nennenswerten Einfluß auf die Qualitätssicherung ausüben kann. Verschlechtert sich im Laufe der Zeit das Qualitätsniveau der preisempfohlenen Ware, so entfällt zwar ab diesem Zeitpunkt eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die bisher praktizierte Preisempfehlung²²⁾. Dies kann das Unternehmen jedoch nicht daran hindern, in Zukunft eine neue, wenn auch gleichlautende Preisempfehlung für die neue, sich auf niedrigeren qualitativem Niveau befindende Ware auszusprechen, da das Erfordernis der, an der alten Ware gemessenen Qualitätskonstanz für diese neue Ware nicht mehr gilt.²³⁾ Erforderlich ist lediglich, daß Art und Umfang der Änderung, z.B. durch neue Kennzeichnung oder Aufmachung immerhin so erheblich sind, daß unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung eine neue Markenware angenommen werden kann²³⁾.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers und dem

21) Völp, WRP 73, 562 r.Sp.; a.A. Gutzler, WRP 73, 567

22) Gutzler, WRP 73, 567; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 25;

23) Frankf.Kom. § 16 Tz. 20;

ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes Preisempfehlungen zwar nur für echte Markenwaren ausgesprochen werden dürfen, für die der Empfehlende die Gewähr gleichbleibender oder verbesserter Güte übernimmt, es aber in der Praxis, mangels geeigneter Abgrenzungskriterien nicht zu vermeiden ist, daß Preisempfehlungen zumindest zunächst auch für bloß markierte Waren ausgesprochen werden. Dem Kriterium der Qualitätsgarantie kommt demnach in der Praxis keine besondere Bedeutung zu²⁴⁾.

3) Die Reichweite der Freistellung des § 38a

Freigestellt von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 sind nur diejenigen Preisempfehlungen, die ein Unternehmen für die Weiterveräußerung seiner Markenwaren ausspricht.

a) "Seine" Markenwaren

Der Empfehlende darf Preisempfehlungen nur für "seine" Markenwaren aussprechen, d. h. für diejenigen Waren, die er mit einem, auf ihn selbst hindeutenden Kennzeichen versehen hat. Entscheidend ist, daß die Abnehmer die Ware dem Empfehlenden zurechnen und in ihm den Garanten für gleichbleibende Qualität der Lieferung sehen können²⁵⁾. Als Empfehlende kommen sowohl Hersteller als auch Großhändler und Importeure in Betracht, soweit sie für ihre Waren eine Eigenmarke²⁶⁾ schaffen und in der Lage sind, für gleichbleibende Qualität Gewähr zu bieten²⁷⁾. Es ist also für die Anwendbarkeit des § 38 a gleichgültig, ob der Empfehlende die Ware selbst hergestellt oder ob er sie von einem Vorlieferanten bezogen hat. Auch auf die Eigentumsverhältnisse kommt es im Rahmen des § 38 a nicht an²⁸⁾.

24) wie hier Kazmeyer-Hennig, BB 76, 946;

25) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 31;

26) Belke, ZHR 1974, 425; vgl. Kazmeyer FIW 71 S.80 (6);

27) Völp, WRP 58, 2;

28) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 54;

b) Keine gewerblichen Leistungen

Preisempfehlungen dürfen gemäß § 38 a nur für Markenwaren, nicht jedoch für gewerbliche Leistungen ausgesprochen werden.²⁹⁾ Insofern sind z.B. Preisempfehlungen, die KFZ-Hersteller für die regelmäßigen Reparatur- und Wartungsarbeiten, an den von ihnen hergestellten Kraftfahrzeugen in Form von Arbeitsrichtswerten aussprechen, grundsätzlich unzulässig³⁰⁾. Allerdings hat das Bundeskartellamt derartige Empfehlungen bisher toleriert, solange diese Empfehlungen ausschließlich in Form von Handelsempfehlungen bekanntgegeben wurden³¹⁾. Problematisch ist auch die Abgrenzung zwischen denjenigen gewerblichen Leistungen, die von den Wiederverkäufern im Zusammenhang mit der eigentlichen Verkaufstätigkeit erbracht werden, und selbständigen gewerblichen Leistungen. Soweit die Wiederverkäufer lediglich typische Handelsfunktionen erfüllen, wie z.B. Lagerhaltung, Beratung, Vorführung und Kundendienst, können für diese gewerblichen Leistungen zusammen mit dem Entgelt für die Veräußerung der Ware Wiederverkaufspreise empfohlen werden. Diese gewerblichen Leistungen werden durch die in den Wiederverkaufspreis einkalkulierte Handelsspanne abgegolten. Preisempfehlungen für Selbständige nicht unmittelbar mit dem Verkauf der Ware zusammenhängende gewerbliche Leistungen sind hingegen unzulässig. So hat der BGH in der "Farbumkehrfilm-Entscheidung"³²⁾ festgestellt, daß das Entwickeln keine im Zusammenhang mit dem Verkauf erbrachte Kundendienstleistung darstelle. Die Entwicklung des belichteten Films müsse vielmehr als Weiterverarbeitung und somit als selbständige, gewerbliche Leistung aufgefaßt werden³³⁾, für die Preisbindungen bzw. nunmehr

29) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 30; Kazmeyer, FIW 66 S. 106;

30) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 30;

31) BKartA, Tb. 1968 S. 44 ff.; Kazmeyer, FIW 66, S. 106;

32) BGH, WuW/E 981;

33) BGH, WuW/E 987;

Preisempfehlungen nicht zulässig sind. Diese Entscheidung hat der BGH auch in dem Beschluß vom 8.7.70 ("Automaten-Aufstellvergütung III") grundsätzlich bestätigt³⁴⁾, wenngleich er in diesem Fall die Bindungsfähigkeit des Entgelts, für die vom Gastwirt erbrachte, gewerbliche Leistung unter entsprechender Anwendung des damaligen § 16 Abs.1 Nr. 1 bejahte, weil der Vertrieb über Automaten dem Verkauf "über die Theke" insoweit gleichzustellen sei³⁵⁾.

c) Nicht Miete oder Leasing

Die Freistellungsregelung des § 38 a bezieht sich nur auf Preisempfehlungen für die Weiterveräußerung von Markenwaren, nicht auch auf Preisempfehlungen für Miete oder Leasing von Markenwaren³⁶⁾. Dies ergibt sich schon daraus, daß die, in derartigen Gebrauchsüberlassungsverträgen vereinbarten Leistungen gewerbliche Leistungen im Sinne des § 15 darstellen³⁷⁾.

d) Keine Beschränkung auf Fertigwaren

Empfehlungsfähig sind auch Halbfabrikate und Waren, die erst noch von Dritten verkaufsfähig gemacht werden müssen³⁸⁾. So hat das Bundeskartellamt, zu Zeiten als die entsprechende Markenwarenpreisbindung noch zulässig war, die Bindungsberechtigung eines Taschenschirmgestellfabrizierenden Markeninhabers bejaht, der seine Schirmgestelle von Dritten mit Stoff beziehen ließ³⁹⁾. Da im Halbfabrikat die technische Gestalt und der wirtschaftliche Wert des Fertigerzeugnisses bereits festgelegt sei, ein anderes Erzeugnis aus dem Halbfabrikat nicht hergestellt werden könne und der Schirmgestellhersteller durch Fabrikationsanweisungen die Gütekonstanz kontrolliere, werde in diesem Fall das Endprodukt

34) BGH, WuW/E 1125;

35) BGH, WuW/E 1124;

36) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 24;

37) vgl. dazu BGH, WuW/E 1123;

38) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 29;

39) Brief des BKartA, WuW/E 239; Bericht 1959 S.36;

vom Verkehr dem Markeninhaber zugerechnet, sodaß dieser berechtigt sei, die Wiederverkaufspreise zu binden bzw. nunmehr zu empfehlen⁴⁰⁾. Aus den gleichen Gründen muß es als zulässig erachtet werden, wenn ein Inhaber einer Marke für Erfrischungsgetränke den Abfüllbetrieben bestimmte Wiederverkaufspreise für die gefüllten Flaschen empfiehlt⁴¹⁾. Etwas anderes wäre es jedoch, wenn z.B. ein Hersteller eines Markenstoffes⁴²⁾ seinen Abnehmern, die daraus in eigener Regie Mäntel herstellen, die Wiederverkaufspreise für die fertigen Mäntel empfehlen wollte. In einem derartigen Fall macht der Mantelhersteller nicht lediglich eine vorfabrizierte Ware des Stoffherstellers verkaufsfähig, sondern er muß als der eigentliche Urheber des Endprodukts angesehen werden, auf dessen Eigenschaften der Stoffhersteller - abgesehen von der Beschaffenheit des Stoffmaterials - keinen Einfluß mehr hat. Insofern erfüllt der Stoffhersteller die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Aussprechen von Markenwarenpreisempfehlungen auch dann nicht, wenn die Stoffmarke weiterhin erkennbar bleibt⁴³⁾.

4) Abgrenzung vom volkswirtschaftlichen Markenartikelbegriff

Vergleicht man den oben dargelegten Markenwaren begriff mit dem Markenartikelbegriff der Volkswirtschaftslehre, wie er etwa von Mellerowicz geprägt wurde⁴⁴⁾, so stellt man fest, daß der Markenwaren begriff wesentlich weiter gefaßt ist. Er setzt insbesondere nicht voraus, daß die Markenware sich durch eine für sie betriebene Werbung die Anerkennung der beteiligten Wirtschaftskreise (Verbraucher, Händler und Hersteller) erworben und somit bereits Verkehrsgeltung erlangt hat. Ferner erfaßt der Markenwaren begriff nicht nur für den privaten Bedarf geschaffene Fertigwaren,

40) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 54;

41) vgl. dazu BKartA, Tb. 1863 S. 50, Nr. 3 Abs.1; Schwartz Gem.Kom. § 16 Rn. 54;

42) vgl. hierzu den Ninoflex-Mantel-Fall

43) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 54 mit weiteren Nachw.

44) Mellerowicz, Markenartikel, 2.Aufl. S. 39;

sondern auch Halbfabrikate und selbst Rohstoffe, die der gewerblichen Weiterverarbeitung dienen⁴⁵⁾. Gemeinsam ist beiden Begriffen das Erfordernis, gleichbleibender oder verbesserter Güte. Insofern erscheint es als zu weit gehend, wenn Schwartz⁴⁶⁾ es als wettbewerbsrechtlich unzulässig, weil irreführend im Sinne der §§ 3 und 4 UWG, ansieht, wenn ein preisempfehlender Markenwarenhersteller oder -händler seine Erzeugnisse als Markenartikel bezeichnet. Durch eine solche Erklärung erweckt der Empfehlende beim Publikum lediglich Qualitätserwartungen, die auch die Markenware befriedigen muß.

II) Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren

1) Sinn und Zweck des Preiswettbewerbs

- a) Bei preisempfohlenen Markenwaren ist - im Gegensatz zu preisgebundenen - prinzipiell auch produktinterner Preiswettbewerb zwischen Anbietern derselben Ware bzw. Marke möglich⁴⁷⁾. Gleichwohl wird der produktinterne Preiswettbewerb auf der Handelsstufe durch vertikale Preisempfehlungen - entsprechend dem Grad ihrer Einhaltung - mehr oder weniger vermindert oder beschränkt. Um dennoch auf der Stufe der Adressaten ein Mindestmaß von Preiswettbewerb zu gewährleisten und dadurch den Abnehmern der nachfolgenden Stufen Ausweichmöglichkeiten zu erhalten⁴⁸⁾, hat der Gesetzgeber die Empfehlungsberechtigung an die Voraussetzung geknüpft, daß die empfohlenen Waren wenigstens extern mit Waren anderer Anbieter in Preiswettbewerb stehen. Auf diese Weise soll verhindert werden, daß sich der Empfehlende bei der Festsetzung des empfohlenen Preises willkürlich ver-

45) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 29, und BGH, WuW/E 985 mit weiteren Nachw.

46) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 28, unter Berufung auf Baumbach-Hefermehl, UWG Anm. 411,522 zu § 1;

47) Böge, DB 73,1734 1.Sp.

48) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 26;

halten kann⁴⁹⁾. Er soll vielmehr durch die anderen Anbieter kontrolliert und in Schach gehalten werden⁵⁰⁾, weil nur so die Preisempfehlung als wirkliche Orientierungshilfe für den Verbraucher im Sinne eines im Wettbewerb gebildeten Preises bezeichnet werden kann⁵¹⁾. Hersteller oder Händler, deren Waren keinem (produktexternen) Preiswettbewerb ausgesetzt sind, dürfen demnach ihren vorgegebenen preisstrategischen Spielraum nicht zusätzlich durch Verminderung oder Beschränkung des produktinternen Wettbewerbs absichern oder gar erweitern⁵²⁾. Das Kriterium des "Preiswettbewerbs" hat also die Aufgabe, den Empfehlenden zu kontrollieren und seine Marktmacht in Schranken zu halten.

- b) Ob eine derartige Kontrolle des Empfehlenden gegeben ist, hängt zunächst davon ab, ob dieser im Fall einer Erhöhung seiner vertikalen Preisempfehlung befürchten muß, daß die Endnachfrager - zumindest bei weitgehend befolgten Empfehlungen in mehr oder weniger großem Umfang auf billigere Konkurrenzware ausweichen. Die Kontrolle basiert also auf der Beweglichkeit der Nachfrage, die ihrerseits objektiv Wahl- und Ausweichmöglichkeiten und subjektiv die Bereitschaft der Käufer voraussetzt, von diesen ^{Möglichkeiten} auch Gebrauch zu machen⁵³⁾. Insofern sind es in erster Linie die Nachfrager, die die Anbieter unter Kontrolle halten⁵³⁾. Da es aber in hohem Maße auch vom Marktverhalten der Konkurrenten abhängt, inwieweit die Käufer deren Waren und nicht die des Empfehlenden kaufen,

49) vgl. zu § 16 a.F.: BGH, WuW/E 1093 ("Tennisbälle");

50) BGH, WuW/E 991 ("Papierfiltertüten II"), unter Hinweis auf den Bericht des Wl.pol. Ausschusses zu § 11 Abs. 1 Reg.Entw., abgedruckt in Gem.Kon. 1.Aufl. S. 1183; Knöpfle, BB 71,1517 1.Sp.;

51) Böge, DB 73,1734 1. Sp.; vgl. hierzu den Bericht des Wirtschaftsausschusses (WuW 73,594), wonach dem Verbraucher mit der Angabe von Preisempfehlungen eine Orientierungshilfe an die Hand gegeben werden sollte.

52) Belke, ZHR 1974,428; vgl. BGH, WuW/E 1093;

53) Knöpfle, BB 71,1519 1. Sp.;

sind es in zweiter Linie die Konkurrenten, die den Empfehlenden kontrollieren⁵⁴⁾.

- c) Der Gesetzgeber hat sich allerdings nicht damit begnügt, für die Zulässigkeit von Preisempfehlungen nur das Vorhandensein von Wettbewerb zu fordern. Er hat vielmehr die Empfehlungsberechtigung vom Vorliegen der intensivsten Wettbewerbsform, dem Preiswettbewerb, abhängig gemacht, um dem Empfehlenden die Berufung auf Surrogats- und Nebenformen des Wettbewerbs abzuschneiden⁵⁵⁾.

Angesichts dieser klaren Entscheidung des Gesetzgebers, auch für vertikale Preisempfehlungen das Kriterium des Preiswettbewerbs als Zulässigkeitsvoraussetzung zu fordern, erscheinen Überlegungen wie Belke sie anstellt⁵⁶⁾, ob dieses Kriterium im Vergleich zu den vertikalen Preisbindungen weniger dringend oder sogar überflüssig sei, als wenig sachgerecht. Insbesondere seiner Folgerung, daß das Kriterium des fehlenden (produktexternen) Preiswettbewerbs erst dann zum Zuge komme, wenn der produktinterne Preiswettbewerb unter den Empfehlungsadressaten infolge nahezu lückenloser Einhaltung der Empfehlung so gut wie vollständig erlahmt sei⁵⁷⁾, kann angesichts des klaren Gesetzeswortlauts nicht zugestimmt werden⁵⁸⁾. Das Kriterium des "Preiswettbewerbs" stellt eindeutig eine Zulässigkeitsvoraussetzung dar, die von Anfang an erfüllt sein muß und nicht erst dann, wenn sich im Laufe der Praktizierung des Preisempfehlungssystems herausstellt, daß die Empfehlungen nahezu lückenlos

54) Knöpfle, BB 71, 1520 1. Sp.

55) Belke, ZHR 1974, 426;

56) Belke, ZHR 1974, 426; ähnlich Schwatz, Gem.Kom. § 16 Rn. 108 und § 17 Rn. 57, der ebenfalls das Erfordernis des Preiswettbewerbs bei Preisempfehlungen für wenig sinnvoll hält.

57) Belke, ZHR 1974, 427.

58) zur wirtschaftspolitischen Berechtigung vgl. im Hinblick auf § 16 a.F. auch Pickel, WuW 70, 629 = WuW/E BGH 1101 und Belke, ZHR 1974, 243. Die Überlegung, daß durch die Beschränkung des produktinternen Wettbewerbs auch der produktexterne Wettbewerb beeinträchtigt werden kann, ist grundsätzlich auch bei Preisempfehlungen zutreffend. Auch durch Preisempfehlungen können Oligopolisten zu erkennen geben, daß sie von sich aus von dem Wettbewerbsmittel "Preis" auf absehbare Zeit keinen Gebrauch machen wollen.

eingehalten werden. Aus Sinn und Zweck des § 38a kann auch nicht entnommen werden, daß im Hinblick auf vertikale Preisempfehlungen - im Gegensatz zu der bisherigen Preisbindungsregelung - Preiswettbewerb nur dann fehle, wenn nicht nur der produktexterne, sondern auch der produktinterne Preiswettbewerb so gut wie vollständig erlahmt sei⁵⁹⁾. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung.

Angenommen ein Hersteller sieht sich keinem produktexternen Wettbewerb ausgesetzt, so könnte er - zumindest bei preisunelastischer Nachfrage - für seine Ware, für die er unter Wettbewerbsverhältnissen beispielsweise einen Preis von nur 100,- DM empfehlen würde, ohne weiteres einen Preis von 150,- DM empfehlen, da die Nachfrager einerseits keine Möglichkeit haben auf Konkurrenzprodukte auszuweichen und andererseits - bei unelastischer Nachfrage - auf die höhere Preisstellung nicht mit entsprechend starkem Nachfragerückgang reagieren. In diesem Fall fehlenden preisexternen Wettbewerbs hätte der Hersteller die Möglichkeit, unkontrolliert durch andere Anbieter die Höhe des empfohlenen Preises nach seinem Gutdünken festzusetzen und dadurch bereits die Preisvorstellungen der Händler und Verbraucher hinsichtlich der absoluten Höhe des Preisniveaus entscheidend zu prägen. Der Hersteller würde die Preisempfehlung in diesem Fall als Mittel einsetzen, um seinen monopolistisch festgesetzten Wiederverkaufspreis möglichst einheitlich durchzusetzen⁶⁰⁾. Würde man - wie Belke und Benisch das tun - die Zulässigkeitsvoraussetzung des Vorhandenseins von Preiswettbewerb bereits dann als gegeben ansehen, wenn auf der Stufe der Empfehlungsadressaten zwar kein produktexterner, wohl aber produktinterner Preiswettbewerb herrscht, so wären derartige Preisempfehlungen solange zulässig, als der produktinterne Wettbewerb noch nicht

59) so aber Benisch, GemKom. § 38a Rn. 26 unter Berufung auf Belke, ZHR 1974, 427;

60) Böge, DB 73, 1734 1.Sp.;

vollständig erlahmt ist.⁶¹⁾ Erst dann, wenn diese nicht unter Wettbewerbsdruck ausgesprochenen überhöhten Preisempfehlungen von den Händlern auch noch nahezu lückenlos eingehalten würden, könnte nach dieser Meinung wegen Fehlens der Zulässigkeitsvoraussetzungen eingeschritten werden⁶¹⁾.

Dies ist jedoch ein unhaltbares Ergebnis, weil der produktinterne Preiswettbewerb nicht in der Lage ist, den Empfehlenden bei der Festsetzung der Höhe des empfohlenen Preises zu kontrollieren. Der produktinterne Wettbewerb hat lediglich die Funktion, die Gesamtnachfrage, bezogen auf das durch die Preisempfehlung bestimmte Preisniveau, entsprechend der individuellen Leistungsfähigkeit der Händler zu verteilen. Er ist jedoch grundsätzlich nicht geeignet, die Ansatzhöhe der Empfehlung zu kontrollieren und zu korrigieren, da sich das Spektrum der tatsächlich geforderten Wiederverkaufspreise jeweils an der Höhe des empfohlenen Preises orientiert. Wird dieser höher angesetzt, so liegt auch das gesamte Spektrum der tatsächlich geforderten Händlerpreise entsprechend höher. Die Ansatzhöhe des empfohlenen Preises kann demnach lediglich durch produktexternen Wettbewerb kontrolliert werden. Nur dann kann der empfohlene Preis für die Verbraucher wirklich eine Orientierungshilfe im Sinne eines Konkurrenzpreises darstellen⁶²⁾. Produktinterner Wettbewerb kann also fehlenden produktexternen Wettbewerb nicht ersetzen. Dies gilt auch dann, wenn an dem betreffenden Markt nicht nur - wie in obigem Beispiel - ein^{einzelner} Anbieter auftritt, sondern mehrere Hersteller für ihre Waren gleiche Wiederverkaufspreise empfehlen. Auch in diesem Fall kann das Vorliegen von produktinternem Wettbewerb nicht ein eventuelles Fehlen produktexternen Wettbewerbs ausgleichen. Da der produktinterne Wettbewerb sich jeweils nur in relativen Abweichungen von dem empfohlenen Preis vollzieht,

61) so Belke, ZHR 1974, 427; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 26;

62) Böge, DB 73, 1734 1.Sp.;

kann die absolute Höhe der empfohlenen Preise hierdurch nicht kontrolliert werden. Insofern ist auch im Hinblick auf das Aussprechen von Preisempfehlungen ebenso wie bisher bei den vertikalen Preisbindungen daran festzuhalten, daß die Zulässigkeitsvoraussetzung des Vorliegens von Preiswettbewerb nur dann gegeben ist, wenn die Empfehlenden mit ihren Waren in produktexternem Wettbewerb mit Waren anderer Anbieter stehen und somit bei der Festsetzung ihrer empfohlenen Preise durch die Konkurrenten kontrolliert werden.⁶³⁾

Im Folgenden soll nun das Kriterium des Preiswettbewerbs als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Aussprechen von Preisempfehlungen näher untersucht werden.

2) Die Zulässigkeitsvoraussetzung des Preiswettbewerbs

a) Objektiv gleichartige Waren anderer Anbieter

aa) Unmittelbarer Wettbewerb

Wettbewerb und damit auch Preiswettbewerb kann es immer nur zwischen gleichen oder gleichartigen Gütern geben⁶⁴⁾. Ob gleiche oder gleichartige Güter im Wettbewerb miteinander stehen, hängt davon ab, ob sie nach Ort und Zeit ihres Angebots einem gemeinsamen Markt angehören. Die Frage der Gleichartigkeit der angebotenen Güter ist also ein Teil der Frage, ob überhaupt ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den angebotenen Waren besteht. Es ist daher - worauf der Frankfurter Kommentar zutreffend hinweist⁶⁵⁾ - eigentlich überflüssig, daß das Gesetz besonders erwähnt, daß es sich um einen Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren handeln muß. Aus diesem Grunde wird auch im Schrifttum zur Erläuterung der Gleichartigkeit i.S.v. § 38a Abs. 1 bzw.

63) so Böge, DB 73, 1734 1.Sp.; a.A. Belke, ZHR 1974, 427; Benisch, Gem.Kom. § 38 a Rn. 26;

64) Frankf.Kom. § 16 Tz.36;

65) Frankf.Kom. § 16 Tz.36 S. 25;

von § 16 a.F. meist auf die Ausführungen über die Abgrenzung des relevanten Marktes i.S.v. § 22 verwiesen⁶⁶⁾. Gleichartigkeit von Waren ist demnach immer dann gegeben, wenn sie gegeneinander substituierbar, d.h. austauschbar sind und demzufolge die Nachfrage beweglich ist⁶⁷⁾. Als gleichartige Konkurrenzwaren kommen sowohl andere empfohlene oder nicht empfohlene Markenwaren als auch Nichtmarkenwaren und Importwaren gleicher Qualitätsstufe in Betracht⁶⁸⁾. Ebenfalls zu den gleichartigen Waren gehören die sog. Substitutionsgüter, deren Nutzwert zwar nicht gleich, aber ähnlich ist⁶⁹⁾. Falls die Substitutionsbeziehung eng genug ist, wird auch durch diese Produkte die nach § 38 a notwendige Kontrolle ausgeübt, sodaß die Substitutionsgüter als gleichartige Waren i.S. v. § 38 a anzusehen sind.⁷⁰⁾

bb) Mittelbarer Wettbewerb

Ein Sonderfall ist gegeben bei Zusatzleistungen, die nur von dem Anbieter eines Hauptproduktes, zu dem sie gehören, angeboten werden. Als Zusatzleistungen dieser Art kommen vor allem Ersatzteile, Zubehör und Ergänzungsstücke zu Produkten in Betracht, bei denen ein Ersatz- oder Ergänzungsbedarf besteht⁷¹⁾. Ein solcher Fall lag der "Original VW - Ersatzteile" - Entscheidung des BGH zugrunde⁷²⁾. Er wäre aber auch z.B. bei Baukästen oder Alben mit Einlageblättern gegeben⁷¹⁾. In derartigen Fallsituationen hat zwar der Käufer im konkreten Bedarfsfall keine Wahlmöglichkeit. Gleichwohl beeinflusst die Gestaltung des Angebots an Zusatzleistungen die Nachfrage nach dem Hauptprodukt, sodaß - vermittelt

66) siehe Benisch, Gem.Kom. § 38 a Rn. 26; Frankf. Kom. § 38a Tz. 2; Langen § 16 Rn.48; Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.38 S.35;

67) Knöpfle, BB 71,1519 I.Sp.; Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.39;

68) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.38;

69) Frankf.Kom. § 16 Tz. 37; Müller-Gries-Giessler, § 16 Rn.64 und jetzt auch Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.39 mit weit.Nachweisen u. Beispielen;

70) Knöpfle, BB 71,1520 I.Sp.;

71) Knöpfle, BB 71,1520 I.Sp.;

72) BGH, WuW/E 1233;

durch den unmittelbaren Wettbewerb beim Hauptprodukt - auch die Zusatzleistungen in einem, wenn auch mittelbaren Wettbewerb mit den Zusatzleistungen anderer Hersteller stehen⁷³⁾.

cc) Waren "anderer Anbieter"

Damit die Nachfrager auch tatsächlich eine Möglichkeit haben, auf autonom kalkulierte Konkurrenzangebote auszuweisen, kann das Vorliegen von Preiswettbewerb nur dann bejaht werden, wenn die objektiv konkurrierenden Waren von verschiedenen Anbietern angeboten werden. Es reicht also nicht aus, wenn ein Unternehmen sich selbst Konkurrenz macht, indem es Waren, die nach ihrer Beschaffenheit in einem Konkurrenzverhältnis stehen können, zu unterschiedlichen Preisen anbietet⁷⁴⁾. In einem solchen Fall wird das anbietende Unternehmen nicht durch " andere " Anbieter kontrolliert. Aus diesem Grunde hat § 16 Abs.1 Nr. 1 a.F. ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die angebotene Markenware mit gleichartigen Waren "anderer Hersteller oder Händler" in Wettbewerb stehen muß. Demgegenüber stellt der Wortlaut des § 38a Abs.1 Nr.1 nur auf den Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren "anderer Hersteller" ab. Wenn man sich einerseits vor Augen hält, daß der Gesetzgeber mit der Formulierung des § 38a an den bisherigen Rechtszustand anknüpfen wollte⁷⁵⁾ und andererseits berücksichtigt, daß die Handelsmarken als gleichberechtigt neben die Herstellermarken gestellt wurden, so muß dieser Unterschied im Wortlaut als ein aus der Eile der gesetzlichen Abfassung herrührender Formulierungsfehler angesehen werden⁷⁶⁾.

73) Knöpfle, BB 71,1520 1.Sp.; BGH, WuW/E 1237 f.

74) Frankf.Kom. § 16 Tz.38;

75) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

76) so Benisch, Gem.Kom. § 38a, Rn.26; vgl. auch Kazmeyer, FiW 66 S.103

Fraglich ist allerdings, ob ein preisempfehlendes Unternehmen hinreichend durch ein Konkurrenzunternehmen kontrolliert wird, mit dem es durch ein Konzernverhältnis verbunden ist. Der BGH hat in der "Tennisbälle"- Entscheidung zu der Frage, ob Unternehmen, deren Kapital vollständig in den gleichen Händen liege "echte Wettbewerber" sein können, nicht Stellung genommen, weil es im Rahmen dieser Entscheidung nicht darauf ankam.⁷⁷⁾ Grundsätzlich wird man jedoch sagen können, daß ein Konzernverhältnis gegenseitigen Wettbewerb nicht unbedingt ausschließt, da auch zwischen konzernangehörigen Unternehmen regelmäßig eine gewisse Rivalität besteht⁷⁸⁾.

b) Gleichartigkeit vom Verbraucherstandpunkt

Der BGH betont in der "Papierfiltertüten"- Entscheidung, daß die Gleichartigkeit der Konkurrenzprodukte vom Standpunkt der Verbraucher, also nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen ist. Konkurrenzprodukte können nur dann als gleichartig im Sinne des Gesetzes angesehen werden, wenn die Abnehmer diese Produkte nach ihrer Auffassung und ihren Gewohnheiten, z.B. im Hinblick auf die Art der Verwendung, den Nutzeffekt oder den Preis der Waren als geeignet ansehen, als Ersatz für die empfohlene Ware zu dienen und sie auch tatsächlich bereit sind, gegebenenfalls auf die Konkurrenzprodukte überzuwechseln⁷⁹⁾.

Da eine durch den Preiswettbewerb mit Konkurrenzangeboten bewirkte Kontrolle des Preisempfehlenden ebenfalls erst dann tatsächlich ausgeübt wird, wenn die Nachfrage beweglich ist, was, wie gesagt, nur dann der Fall ist, wenn die Nachfrager nicht nur objektiv eine Wahl- und Ausweichmöglichkeit haben, sondern auch subjektiv bereit sind, davon Gebrauch zu machen⁸⁰⁾, ist es keineswegs - wie Schwartz meint⁸¹⁾ - ein unstimmmiges Ergebnis, eine objektiv gleichartige

77) BGH, WuW/E 1094;

78) so auch Frankf.Kom. § 16 Tz. 38 mit weiteren Nachw. siehe auch BGH, WuW/E 1094;

79) vgl. BGH, WuW/E 991 mit weiteren Nachw.; ebenso Frankf.Kom. § 16 Tz.37; a.A. Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.40

80) Knöpfle, BB 71, 1519 1.Sp.

81) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.40;

Ware als ungleichartig im Sinne von § 38a anzusehen, wenn die Nachfrager sie tatsächlich, infolge ausgeprägter Käuferpräferenzen nicht als gleichwertigen Ersatz für die preisempfohlene Ware ansehen.

c) Die Wettbewerbsform des Preiswettbewerbs

Der Gesetzgeber hat die Preisempfehlungsberechtigung nicht nur davon abhängig gemacht, daß die preisempfohlene Ware überhaupt im Wettbewerb steht, sondern hat ausdrücklich zur Voraussetzung gemacht, daß sich die empfohlene Ware im "Preiswettbewerb" mit Waren anderer Anbieter befinden müsse. Die erforderliche Abgrenzung des Preiswettbewerbs von anderen Formen des Wettbewerbs bereitet jedoch bei der Rechtsanwendung erhebliche Schwierigkeiten.

aa) Abgrenzung von Preis- und Qualitätswettbewerb

Grundsätzlich kann gesagt werden, daß mehrere Verkäufer dann miteinander in Preiswettbewerb stehen, wenn sie den von ihnen geforderten Preis in dem Bestreben festsetzen, Kaufkraft auf Kosten eines Mitbewerbers an sich zu ziehen⁸²⁾. Unter "Preis" ist jener Geldbetrag zu verstehen, der als Gegenleistung für eine bestimmte Ware zu zahlen ist. Er ist - wie Baumbach-Hefermehl ausführen⁸³⁾ - eine relative Größe, die in Wechselbeziehung zum Gegenstand der Bewertung steht. Zur Preisfestsetzung gehört mithin stets zweierlei: Die Bestimmung der eigenen Leistung und die Bestimmung der Gegenleistung. Preiswettbewerb kann sich daher grundsätzlich in beiden Maßnahmen äußern⁸⁴⁾. Er ist nicht nur dann gegeben, wenn für gleichartige Waren unterschiedliche Preise verlangt werden, sondern auch dann, wenn bei gleichen Preisen gleichartige Waren unterschiedlicher Qualitätshöhe angeboten werden.

82) KG, WuW/E OLG, 465 "Reifen";

83) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. § 16 GWB Rn.27;

84) Frankf.Kom. § 16 Tz. 31;

Es ist also auf die Relation des geforderten Preises zu der angebotenen Leistung, in die auch erkennbare Nebenleistungen miteinzubeziehen sind⁸⁵⁾ abzustellen, sodaß eine Unterschiedlichkeit der Preise für die Annahme von Preiswettbewerb weder erforderlich noch ausreichend ist⁸⁶⁾.

Da eine Änderung der Angebotsqualität bei gleichem Nominalpreis einer Preisänderung gleichkommt, ist feststellbarer Qualitätswettbewerb nichts anderes als Preiswettbewerb⁸⁷⁾.

In beiden Fällen werden die Anbieter bei ihrer Preisfestsetzung durch die Nachfrager und Konkurrenten kontrolliert und in Schach gehalten.

Anders liegt es dann, wenn die qualitativen Unterschiede der konkurrierenden Angebote für die Verbraucher nur schwer feststellbar sind, insbesondere, wenn die konkurrierenden Hersteller versuchen, durch Produktdifferenzierung, Reklameaufwendungen und Verpackungsluxus, oder durch nicht näher definierte Serviceleistungen bei den Käufern Präferenzen zu erreichen.

In diesen Fällen sind die Qualitätsunterschiede so wenig transparent, bzw. sie werden sogar häufig noch bewußt verschleiert, sodaß die Verbraucher weder objektiv in der Lage noch subjektiv bereit sind, wegen einer eventuellen günstigeren Preis-Leistungsrelation zu einem günstiger anbietenden Konkurrenten abzuwandern. Eine ausreichende Kontrolle der Preisbildung der Anbieter findet demnach in diesen Fällen intransparenten Qualitätswettbewerbs nicht statt⁸⁸⁾. Hierin ist der Grund für die Unterscheidung von Qualitäts- und Preiswettbewerb zu sehen. Obwohl Preis- und Qualitätswettbewerb grundsätzlich nur zwei Seiten

85) Frankf.Kom. § 16 Tz. 32;

86) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.44;

87) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.43 mit weiteren Nachweisen; a.A. Knöpfle, BB 71,1517 Fn.1;

88) vgl. Schmidt, WuW 64,148 f.;

derselben Erscheinung darstellen, besteht ein Unterschied insofern, als Qualitätswettbewerb sowohl in transparenten als auch in intransparenten Formen auftreten kann, wobei sich die Reagibilität der Nachfrage nach dem jeweiligen Transparenzgrad richtet. Da es dem Gesetzgeber aber entscheidend darauf ankam, daß die Empfehlenden bei der Festsetzung der empfohlenen Preise kontrolliert werden, wollte er Surrogat- und Nebenformen des Wettbewerbs, die wegen ihrer relativ großen Intransparenz zu keiner wirk-samen preislichen Kontrolle der Wettbewerber führen, nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Aussprechen von Preisempfehlungen gelten lassen⁸⁹⁾. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Preisempfehlung von dem Vorhandensein von "Preiswettbewerb" und nicht nur von dem allgemeinen Vorhandensein von "Wettbewerb" abhängig gemacht. Diese einschränkende Formulierung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung darf allerdings nicht so verstanden werden, daß dadurch auch die Berufung auf transparenten feststellbaren Qualitätswettbewerb ausgeschlossen wird⁹⁰⁾. Wie oben dargelegt, lassen sich Preiswettbewerb und Qualitätswettbewerb nicht trennen. Beide Wettbewerbsformen stellen nur zwei verschiedene Seiten des einen Phänomens "Wettbewerb" dar. Entscheidend ist vielmehr, daß der Empfehlende in seiner Preisfestsetzung tatsächlich kontrolliert wird, was nur dann der Fall ist, wenn die Nachfrager Leistungsunterschiede erkennen können und auch bereit sind, wegen günstigerer Angebote auf Konkurrenten überzuwechseln⁹¹⁾. Insofern muß das Zulässigkeitskriterium des Vorhandenseins von "Preiswettbewerb" so verstanden werden, daß es nicht generell, sondern nur dann die Berufung auf das Vorliegen von Qualitätswettbewerb ausschließt, wenn dieser so intrans-

89) vgl. zu § 16 a.F. Bericht des Wirtschaftsausschusses, abgedr. in Gem.Kom. § 16 Rn.36, S.32

90) vgl. dazu Frankf.Kom. § 16 Tz.32 mit weiteren Nachweisen;

91) Belke, ZHR 1974, 428 mit weiteren Nachweisen
Fn. 53;

parent ist, daß eine wirksame preisliche Kontrolle gegenüber dem Empfehlenden nicht mehr ausgeübt wird.

bb) Nicht Preiskampf, sondern objektiver Wettbewerbsdruck

Das Bundeskartellamt hat in der Begründung der Rechtsbeschwerde gegen die "Tennisbälle"-Entscheidung des Kammergerichts ⁹²⁾ die Auffassung vertreten, zum Preiswettbewerb gehöre der aktive Einsatz des Preises zu dem Zweck, durch eine unabhängige, von Wettbewerbern abweichende Preisstellung, auf deren Kosten Nachfrage an sich zu ziehen. Auch preisbezogene Maßnahmen, die auf die Verteidigung gegen derartige Angriffe gerichtet sind, könnten als Preiswettbewerb angesehen werden ⁹³⁾.

Der BGH hat sich jedoch richtigerweise dieser Auffassung nicht angeschlossen. Er hat das Vorliegen von Preiswettbewerb auch dann angenommen, wenn ein Wettbewerber wegen befürchteter Preisunterbietungen durch die Konkurrenten und dem daraus resultierenden Verlust von Marktanteilen von Preiserhöhungen absieht, die er ohne das Vorhandensein der anderen Unternehmen vornehmen würde ⁹⁴⁾. Wie Knöpfle ausführt, kommt es nicht darauf an, daß der Preisempfehlende in einer bestimmten Weise "Wettbewerb treibt", sondern daß er - wie auch das Gesetz formuliert - "im Wettbewerb steht" und dadurch kontrolliert wird ⁹⁵⁾. Preisunterbietungen können zwar ein Anzeichen für eine selbständige Preispolitik des Preisempfehlenden oder seiner Konkurrenten sein ⁹⁶⁾.

92) KG, WuW/E OLG, 1024 ff.;

93) zitiert in der "Tennisbälle"-Entscheidung des BGH, WuW/E 1092; vgl. dazu auch die Ausführungen von Pickel, WuW 70, 624 = Anm. zu WuW/E BGH 1096, mit weiteren Nachw. Fn. 4;

94) BGH, WuW/E 1092;

95) Knöpfle, BB 71, 1518 1. Sp.; ebenso Schwartz, Gen. Kom. § 16 Rn. 37; Belke, ZHR 1974, 428;

96) Belke, ZHR 1974, 428;

Erforderlich für die Annahme von Preiswettbewerb ist es jedoch nicht, daß bereits ein offener Preiskampf ausgebrochen ist⁹⁷⁾. Entscheidend ist vielmehr der äußere Wettbewerbsdruck unter dem der Preisempfehlende steht⁹⁸⁾. Mit dieser Auffassung wird keineswegs - wie Pickel meint - auf das "subjektive Konkurrenzbewußtsein" abgestellt.⁹⁹⁾ Eine objektive Kontrolle des Preisempfehlenden durch Verlust von Marktanteilen wird auch dann bewirkt, wenn der Empfehlende fälschlicherweise davon ausgeht, daß er nicht von seinen Konkurrenten kontrolliert werde, er also kein subjektives Konkurrenzbewußtsein gebildet hat. Umgekehrt kann Preiswettbewerb auch dann nicht angenommen werden, wenn ein Anbieter irrtümlich glaubt, er stehe mit anderen Anbietern in Konkurrenz¹⁰⁰⁾. Dieses subjektive "Sich-im-Preisverhalten-kontrolliert-Fühlen" reicht allerdings für die Annahme von Preiswettbewerb nicht aus.¹⁾ Es kommt vielmehr auf die objektive Möglichkeit einer gegenseitigen Beeinflussung und nicht auf die subjektive Vorstellung der Mitbewerber an²⁾. Das Vorliegen von Preiswettbewerb wird also nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die Mitbewerber für gleichartige Waren gleiche Preise verlangen. Gerade in Fällen starker oligopolistischer Reaktionsverbundenheit können Preiskämpfe - wie auch der BGH ausführt - nur in Ausnahmefällen erwartet werden³⁾. Deshalb kann auf solchen Märkten schon vor Ausbruch derartiger Preiskämpfe Preiswettbewerb in Form starken Wettbewerbsdrucks herrschen, der sich in einem latenten Spannungsverhältnis zwischen den vorhandenen Unternehmen äußert, sodaß der einzelne von Preiserhöhungen absieht, die er ohne das Vor-

97) Frankf.Kom. § 16 Tz.34; Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.44, S.40;

98) Belke, ZHR 1974, 428;

99) Pickel, WuW 70, 627 = Ann. zu WuW/E BGH 1099;

100) Knöpfle, BB 71, 1519, Fn.31;

1) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.14, S.40 mit weit.Nachw. Knöpfle, NJW 73, 245; Belke, ZHR 1974, 428; vgl. auch BGH, WuW/E 1091;

2) vgl. Fikentscher, WuW 61, 793 f.;

3) BGH, WuW/E 1092; Belke, ZHR 1974, 428;

handensein der anderen Unternehmen vornehmen würde⁴⁾. Insofern deutet weder Preisstabilität bei preisempfohlenen Markenwaren, noch ein hinsichtlich der Festsetzung der empfohlenen Preise praktiziertes Parallelverhalten der Konkurrenten für sich alleine auf einen Mangel an Preiswettbewerb hin⁵⁾.

cc) Abgrenzung von potentielltem Wettbewerb

Voraussetzung für eine ausreichende Kontrolle des Empfehlenden ist, daß auf dem betreffenden Markt tatsächlich Wettbewerber vorhanden sind, die über genügend Kapazität verfügen, um zusätzliche Nachfrage befriedigen zu können und die marktstark genug sind, daß sie im Falle einer selbständigen Marktpolitik eine existenzvernichtende Verdrängungsstrategie nicht zu befürchten brauchen⁶⁾. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so genügt für die Annahme einer spürbaren Kontrolle bereits die Möglichkeit einer künftigen preislichen Auseinandersetzung mit den Konkurrenten, wenn die Beteiligten das Risiko, von den Wettbewerbern unterboten zu werden und dadurch Marktanteile zu verlieren, bei ihrer Preisgestaltung ernsthaft in Rechnung stellen müssen⁷⁾. In der Berücksichtigung dieses möglichen Verhaltens der Wettbewerber kann jedoch nicht - wie Pickel meint - eine Überschätzung des potentiellen Wettbewerbs, dem auch jeder Monopolist ausgesetzt sei, gesehen werden⁸⁾. Von potentielltem Wettbewerb sollte nur dann gesprochen werden, wenn ein Anbieter mit dem

4) BGH, WuW/E 1092; a.A. Pickel, WuW 70,624 = Anm. zu BGH, WuW/E 1096, der es ablehnt, Preiswettbewerb auch in einem latenten Spannungsverhältnis zu sehen.

5) Belke, ZHR 1974,428; BGH, WuW/E 992; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.26; vgl. hierzu auch Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.44 mit weit.Nachw.;

6) Belke, ZHR 1974,429;

7) Frankf.Kom. § 16 Tz.34;

8) Pickel, WuW 70,625; ebenso Belke, ZHR 1974,434 Fn. 64;

Auftreten von Newcomern rechnen muß. Im vorliegenden Zusammenhang geht es jedoch um Wettbewerb zwischen Unternehmen, die sich bereits auf dem betreffenden Markt als Wettbewerber betätigen und schon eine gleichartige Konkurrenzware auf dem Markt eingeführt haben⁹⁾. Da diese bereits vorhandenen Wettbewerber viel rascher und nachdrücklicher reagieren können als Anbieter, die erst in diesen Markt vorstoßen müssen, stellen sie für den Empfehlenden ein ungleich größeres Risiko dar und üben somit eine wesentlich stärkere Kontrolle über die Preisbildung des Empfehlenden aus, als echte "potentielle" Wettbewerber¹⁰⁾. Diesen Unterschied zwischen "potentiellem Wettbewerb" und "latentem Preiswettbewerb" hat der BGH in der Tennisbälle-Entscheidung auch ausdrücklich berücksichtigt¹¹⁾.

dd) Kein "wesentlicher" Preiswettbewerb

Weder dem Wortlaut noch dem Sinnzusammenhang des § 38a Abs. 1 ist zu entnehmen, daß der Preiswettbewerb, dem das empfehlende Unternehmen ausgesetzt sein muß, "wesentlich" im Sinne von § 22 Abs. 1 Nr. 1 zu sein braucht¹²⁾. Aus diesem Grunde wird die Zulässigkeitsvoraussetzung des Vorhandenseins von Preiswettbewerb in der Praxis voraussichtlich nicht allzu große Bedeutung erlangen. Daß dies kein Schaden zu sein braucht, hat schon der BGH in der "Original-VW-Ersatzteil"-Entscheidung ausgeführt, weil Zweifelsfälle mit der Mißbrauchskontrolle aufgefangen werden können¹³⁾.

9) Knöpfle, BB 71, 1521 Fn. 44;

10) so auch Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn. 44 S. 40;

11) BGH, WuW/E 1093 (unter h);

12) BGH, WuW/E 1093, 1238; Belke, ZHR 1974, 429;
Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 26;

13) BGH, WuW/E 1238; ebenso Belke, ZHR 1974, 429;

d) Einzelfälle

(1) Monopol und überragender Marktanteil

Preiswettbewerb fehlt sowohl bei einem Monopolisten wie auch bei einem Preisführer, der einen so überragenden Marktanteil besitzt, daß er bei seiner Preisgestaltung auf Reaktionen seiner Mitbewerber keine Rücksicht zu nehmen braucht¹⁴⁾. Ein derartiger Fall, bei dem der Preisführer einen Marktanteil von 91 bis 94 % innehatte, lag der "Papierfiltertüten"-Entscheidung des BGH zugrunde¹⁵⁾.

(2) Kartell und Abgestimmtes Verhalten

Preiswettbewerb liegt ebenfalls nicht vor, wenn die maßgeblichen Anbieter durch Kartellierung oder Abstimmung ihr Preisverhalten koordiniert haben¹⁶⁾. Dies gilt auch dann, wenn sich die Beteiligten des Kartells oder der Abstimmung durch unterschiedliche Gestaltung der von ihnen angebotenen Leistung (Qualität und Service) Wettbewerb machen dürfen¹⁷⁾. Zwar kann - wie oben ausgeführt - das Anbieten einer qualitativ unterschiedlichen Leistung sehr wohl Preiswettbewerb darstellen. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Anbieter nicht mehr die Möglichkeit hat, nach seiner Wahl entweder die Qualität zu erhöhen oder den Preis zu senken, je nachdem, worin er die größeren Chancen sieht¹⁸⁾.

(3) Konzern

Da zwischen konzernangehörigen Unternehmen trotz kapitalmäßiger Verflechtung regelmäßig eine gewisse Rivalität besteht, kann allein aufgrund des Konzernverhältnisses nicht unbedingt das Vorliegen von Preiswettbewerb ausgeschlossen werden¹⁹⁾. Allerdings wird im Einzelfall sehr genau Inhalt und Umfang

14) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.42; Belke, ZHR 1974,429;

15) BGH, WuW/E 990;

16) Belke, ZHR 1974,429;

17) Frankf.Kom. § 16 Tz.35;

18) vgl. auch Knöpfle, BB 71,1520;

19) Frankf.Kom. § 16 Tz. 38;

der wechselseitigen Abhängigkeit zu prüfen sein, bevor das Vorliegen einer ausreichenden Kontrolle durch Preiswettbewerb bejaht werden kann²⁰⁾.

(4) Einfache oligopolistische Reaktionsverbundenheit

Zu den Kennzeichen eines oligopolistischen Marktes gehört es, daß die Wettbewerber auch ohne horizontale Absprachen und ohne besonderes Gruppenbewußtsein in der Regel über längere Zeiträume hinweg ein gleichförmiges Preisverhalten an den Tag legen²¹⁾. Angesichts der oligopolistischen Reaktionsverbundenheit ist es in der Regel keinem der Wettbewerber möglich, längere Zeit von den Preisen der Konkurrenten abzuweichen²²⁾. Senkt ein Oligopolist die Preise, so ziehen in der Regel die Konkurrenten nach, um nicht Marktanteile zu verlieren. Gerade weil die Oligopolisten offensichtlich bemüht sind, möglichst ebenso günstige Angebote wie der Preisführer zu machen, muß das Vorliegen von Preiswettbewerb bejaht werden. Insofern kann eine Preisgleichheit im Oligopol gerade Ausdruck lebhaften Wettbewerbs sein²²⁾. Andererseits kann längere Unbeweglichkeit des einheitlichen Preises auch ein Indiz für fehlenden Wettbewerb sein. Entscheidend für die Frage, ob Preiswettbewerb vorliegt, ist es wohl, ob die Konkurrenten auch im Falle einer Preiserhöhung unverzüglich nachziehen²³⁾. Dies kann im Oligopol mehr oder weniger sicher sein. Je größer die Wahrscheinlichkeit ist, daß die Konkurrenten nachfolgen werden, umso schwächer ist die Kontrolle, unter der der Preisführer steht und umso geringer ist der Preiswettbewerb. Dies kann so weit gehen, daß - wie im Fall der festen Preisführerschaft²⁴⁾ - der Preisführer praktisch mit

20) Belke, ZHR 1974, 430;

21) BGH, WuW/E 1091;

22) Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.44;

23) Knöpfle, BB 71, 1522 l.Sp.;

24) Knöpfle, BB 71, 1520 r.Sp.;

Sicherheit davon ausgehen kann, daß die Konkurrenten in vollem Umfang nachziehen und somit ihm gegenüber überhaupt keine Kontrolle ausüben werden. Insofern kann in derartigen Oligopolfällen das Vorliegen oder Fehlen von Preiswettbewerb nicht generell, sondern nur aufgrund einer umfassenden Analyse der konkreten Marktsituation festgestellt werden²⁵⁾.

3) Rechtsfolge fehlenden Preiswettbewerbs

Da das Vorliegen von Preiswettbewerb Zulässigkeitsvoraussetzung für das Aussprechen von Empfehlungen ist, hat das Fehlen oder Fortfallen dieses Preiswettbewerbs zur Folge, daß die ausgesprochene Preisempfehlung automatisch ordnungswidrig ist²⁶⁾. Da jedoch das Vorhandensein von Preiswettbewerb nach Artikeln, Absatzräumen und Zeiten schwanken kann und wesentlich von dem Verhalten Dritter (Wettbewerber und Abnehmer) abhängig ist, wird häufig eine Vorwerfbarkeit im Sinne des Ordnungswidrigkeitenrechts ausscheiden²⁶⁾. Aus diesen Gründen wird die Kartellbehörde fehlenden Preiswettbewerb in der Regel wohl nur im Wege des Untersagungsverfahrens (§ 37a) und nicht gleich im Bußgeldverfahren verfolgen,

III) Drucklosigkeit und Unverbindlichkeitsvermerk

1) Keine Druckausübung

Preisempfehlungen für Markenwaren sind gemäß § 38a Abs. 1 Nr. 1 nur dann zulässig, wenn auf die Wiederverkäufer "kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck ausgeübt wird, um sie zur Einhaltung der empfohlenen Preise oder dazu zu veranlassen, von diesen Preisempfehlungen nur geringfügig abzuweichen"²⁷⁾.

25) Frankf.Kom. § 16 Tz. 33;

26) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 26 S. 98;

27) Merkblatt des BKartA, abgedruckt in FIW 77 S.119 (I 7);

Trotz der unterschiedlichen Formulierungen in § 38a Abs.1 Nr. 1 und § 25 Abs.2 versteht das Gesetz das "Anwenden von Druck" in gleicher Weise wie in § 25 Abs.2 als "Androhen oder Zufügen von Nachteilen" bzw. als "Versprechen oder Gewähren von Vorteilen"²⁸⁾. Auch bloßes "Androhen" von Nachteilen bzw. "Versprechen von Vorteilen" stellt bereits eine Druckanwendung im Sinne von § 38a Abs.1 Nr.1 dar, da hierdurch bereits auf die Entschließungsfreiheit der Empfehlungsadressaten eingewirkt wird²⁹⁾. Als Druckmittel kommen für § 38a Abs.1 Nr.1 ebenso wie für § 25 Abs.2 z.B. Liefersperren, Rabattkürzungen, Boykott, Diskriminierung, verspätete oder nur teilweise Belieferung bzw. Treuerabatte, bevorzugte Belieferung und besondere Rückvergütungen in Betracht, soweit sie eingesetzt werden, um die Adressaten zur Einhaltung der empfohlenen Preise zu veranlassen³⁰⁾.

Endgültige und vorbehaltlose Maßnahmen, die z.B. aus Gründen legitimer Absatzpflege getroffen werden³¹⁾, stellen hingegen keinen Verstoß gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 38a Abs.1 Nr.1 dar, wenn damit nicht zugleich für die Zukunft eine Willensbeugung der Adressaten bezweckt wird³²⁾. Allerdings ist zu beachten, daß durch eine endgültige Liefersperre zwar nicht gegenüber dem gesperrten Händler, wohl aber gegenüber den anderen Händlern, die noch beliefert werden, Druck ausgeübt werden kann, die empfohlenen Preise einzuhalten³³⁾. Dies ist dann der Fall, wenn der Empfehlende mit der Sperre des einzelnen nicht empfehlungswilligen Händlers generell ein abschreckendes Exempel statuieren will und damit zu erkennen gibt, daß er auch die übrigen Empfehlungs-

28) Belke, ZHR 1974, 433; Kazmeyer, FiW 66 S.105; Völp, WRP 73, 563;

29) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 34, der eine Ausführungshandlung voraussetzt, die aber gerade in der Androhung von Nachteilen liegt.

30) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.34;

31) vgl. zu § 25 Abs.2: BGH, WuW/E 694 ("Brotkrieg") und die ausführlichen Erörterungen mit Beispielen von Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn. 20 und Belke, ZHR 1974, 309 f.;

32) vgl. zu § 25 Abs.2: BGH, WuW/E 710 ("Saba"); ebenso Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.34;

33) Kazmeyer, FiW 66 S. 105;

adressaten durch die, sich darin äussende Drohung ein - schüchtern und zu preislichem Wohlverhalten veranlassen will³⁴⁾. Eine derartige Liefersperre mit Abschreckungseffekt für Dritte kann zumindest dann angenommen werden, wenn der Empfehlende diese exemplarische Liefersperre anderen, ebenfalls nicht empfehlungstreuen Abnehmern mitteilt und dabei zu erkennen gibt, daß er willens ist, systematisch gegen alle Preisschleuderer vorzugehen, um ein bestimmtes Preisniveau aufrechtzuhalten³⁵⁾.

In subjektiver Hinsicht ist für die Bejahung der Druckanwendung gemäß § 38a Abs.1 Nr. 1 erforderlich, daß der Empfehlende zumindest mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat³⁶⁾. Es genügt einerseits nicht, daß sich die objektive Auswirkung einer endgültig gegen einen Händler verhängten Sperre in einer Einschüchterung anderer Händler niederschlägt, mit der Folge, daß diese sich daraufhin empfehlungskonform verhalten³⁷⁾.

Andererseits setzt § 38a Abs.1 Nr.1 nicht wie § 25 Abs.2 voraus, daß der Empfehlende "absichtlich" handelt, daß er also seine Abnehmer gerade durch die Druckausübung zu der Einhaltung seiner Preisempfehlung veranlassen will³⁸⁾. Dies ergibt sich schon aus der objektiv gehaltenen Gesetzesformulierung³⁹⁾. Einen weiteren Grund liefert ein systematischer Vergleich zwischen § 25 Abs.2 und § 38a Abs.1 Nr.1. Während § 25 Abs.2 sich gerade gegen die rechtswidrige Zielsetzung des Druckausübenden wendet, eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen⁴⁰⁾, macht § 38a Abs.1 Nr.1 die Drucklosigkeit generell zur Zulässigkeitsvoraussetzung für das Aussprechen von Empfehlungen. Da das Kriterium der Drucklosigkeit bereits bei jeder Form von willentlicher Druckausübung entfällt, muß auch bedingter Vorsatz ausreichend sein.

34) Belke, ZHR 1974,305;

35) Belke, ZHR 1974,306;

36) Wie hier Belke, ZHR 1974,433; a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.34, der "Absicht" fordert.

37) Belke, ZHR 1974,306;

38) Niederleithinger, NJW 64,1939 1.Sp.;

39) Belke, ZHR 1974,433;

40) Benisch, Gem.Kom. § 25 Rn.2;

2) Der Unverbindlichkeitsvermerk

a) Sinn und Zweck des Unverbindlichkeitsvermerks

Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung müssen Markenwaren-Preisempfehlungen gemäß § 38a Abs.1 Nr.1 ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sein. Damit soll einerseits bei den Händlern, an die die Empfehlung gerichtet wird, ständig das Bewußtsein wachgehalten werden, daß sie jederzeit von den empfohlenen Preisen abweichen können⁴¹⁾ ohne mit Sanktionen rechnen zu müssen. Der Unverbindlichkeitsvermerk soll also - gewissermaßen als Formalsicherung - die Druckfreiheit der Empfehlung nach außen hin kenntlich machen.⁴¹⁾ Zugleich soll andererseits der Verbraucher darüber informiert werden, daß der Händler im Rahmen seiner eigenen Kalkulation von den empfohlenen Preisen abweichen kann⁴²⁾. Durch Gegenüberstellung von empfohlenen und tatsächlich geforderten Preisen kann der Verbraucher Aufschlüsse über die individuelle Leistungsfähigkeit des einzelnen Anbieters im Vergleich zu der des Durchschnittshändlers erlangen, wodurch zusätzliche Wettbewerbsimpulse durch Belegung des produktinternen Wettbewerbs hervorgerufen werden können⁴³⁾. Schließlich werden durch den Unverbindlichkeitsvermerk auch Irreführungen der Verbraucher bei Preisgegenüberstellungen vermieden, weil der ausdrückliche Verbindlichkeitsvermerk jeden Zweifel über die Rechtsnatur des höheren Vergleichspreises beseitigt⁴⁴⁾.

b) Die Abfassung des Unverbindlichkeitsvermerks

Wie sich aus § 38a Abs.1 Nr.1 ergibt, muß die Unverbindlichkeit der Preisempfehlung ausdrücklich d.h. klar und deutlich bezeichnet werden. Das Bundeskartellamt geht davon aus, daß diesem

41) Belke, ZHR 1974, 431;

42) Gutzler, WRP 73, 568, 1. Sp.; Böge, DB 73, 1734 1. Sp.;
Belke, ZHR 1974, 431;

43) Böge, DB 73, 1734 1. Sp.;

44) Belke, ZHR 1974, 431;

Erfordernis nur dann Rechnung getragen wird, wenn für die Formulierung des Unverbindlichkeitsvermerks zwei dem Gesetzeswortlaut selbst zu entnehmende Formulierungen verwendet werden: "Unverbindliche Preisempfehlung" oder "Unverbindlicher empfohlener Preis"⁴⁵⁾. Lediglich dann, wenn die betreffende Markenware oder ihre Verpackung nach Größe und Format nur Preisangaben im Kleinformat zulassen und deren Vergrößerung dem preisempfehlenden Unternehmen nicht zumutbar ist, soll eine Abkürzung des Vermerks auf das Wort "unverbindlich" zulässig sein⁴⁶⁾. 51a)

Wenngleich dem Bundeskartellamt zuzugeben ist, daß eine gewisse Standardisierung der Bezeichnung wünschenswert wäre⁴⁷⁾, so muß doch über die vom Bundeskartellamt bezeichneten Ausdrucksmöglichkeiten hinaus jede Formulierung als zulässig betrachtet werden, die unmißverständlich klar stellt, daß die Preisempfehlung unverbindlich ist und dem Händler ein Abweichen von dem angegebenen Preis gestattet⁴⁸⁾. Dem Bundeskartellamt ist allerdings beizupflichten, daß die Verwendung der Bezeichnung "Richtpreis" wegen ihres hohen Verbindlichkeitsgehalts diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Insofern hat das Kammergericht diese Auffassung zu Recht bestätigt⁴⁹⁾. Nicht einzusehen ist jedoch, daß auch Bezeichnungen wie "Unverbindliche Kalkulationshilfe"⁵⁰⁾ oder "Unverbindliche Handels- oder Verbraucherpreisempfehlung"⁵¹⁾ als unzureichend angesehen werden. Entscheidend ist doch,

45) Merkblatt des BKartA, abgedruckt in FIW 71, S. 119 (I 6); ebenso Kazmeyer, FIW 66 S. 104 und Gutzler, WRP 73, 567;

46) Merkblatt des BKartA, aaO. S. 119 (I 6);

47) so auch Belke, ZHR 1974, 432;

48) so Martino, MA 73, 386; Völz, WRP 73, 563; Hirsch, WRP 74, 8; Belke, ZHR 1974, 431;

49) KG WuW/E OLG 1666 ("Roxy International"). Allerdings ist anzumerken, daß selbst der Wirtschaftsausschuß in seinem Bericht (WuW 73, 594 f.) den Begriff "empfohlener Richtpreis" nicht weniger als fünf mal als Synonym für den neuen Begriff "Unverbindliche Preisempfehlung" verwendet hat.

50) WuW 76, 177;

51) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 33;

51a) Die Bundesregierung möchte diese Praxis gesetzlich verankern. Siehe Bericht, BT-Drucks. 8/703 S. 19

daß der Hinweis deutlich lesbar, unabgekürzt und selbst einem flüchtigen Leser erkennbar ist⁵²⁾. Verstümmelte Abkürzungen wie "unv. PrE", "EVP", "f.Preis", "u.Pr.", "unv.Rpr", "empf.Richtpr." genügen hingegen der ausdrücklichen Kennzeichnungspflicht nicht.⁵³⁾

Ebenso sind Zusätze, die den Empfehlungscharakter abschwächen, unzulässig, wie zum Beispiel "Unverbindliche Preisempfehlung nicht unter X DM" oder "Unverbindlich empfohlener Preis X DM, 3 % Skonto sind möglich"⁵⁴⁾ oder "EVP empfohlen DM 0,80 (manche nehmen mehr, kaum einer weniger)"⁵⁵⁾ oder "Empfohlener Preis zwischen X DM und Y DM". Derartige Zusätze, die darauf hinaus laufen, daß keine eindeutig fixierten Preise empfohlen werden, stellen nicht - wie Benisch meint - eine schwächere Einflußnahme auf die Preisbildung dar⁵⁶⁾. Preisempfehlungen werden vielmehr - anders als ehemals die Preisbindungen - durch die Angabe von Unter - oder Obergrenzen in ihrer, die Preisbildung beeinflussenden Wirkung verstärkt, da hierdurch der Eindruck entsteht, daß die Preisempfehlung nur innerhalb des angegebenen Rahmens unverbindlich ist. Insofern ist die Entscheidung des BGH vom 8.7.70⁵⁷⁾, in der die Frage der Bestimmtheit der Verbraucherpreise ohnehin offen gelassen wurde, auf Preisempfehlungen nicht übertragbar. Wie Kazmeyer-Hennig zutreffend ausführen, würden empfohlene Höchst- und Mindestpreise auf Verbraucher (aber auch Händler) verwirrend wirken, da schon die genau bezifferte Preisempfehlung wegen ihrer Unverbindlichkeit Abweichungen zuläßt und der Irrtum vermieden werden muß, daß der Preis nur in einer Richtung bzw. innerhalb einer Spanne unverbindlich sei⁵⁸⁾.

52) Merkblatt des BKartA, aaO. S.119 (I 6); Belke, ZHR 1974,432;

53) Belke, ZHR 1974,432; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.33;

54) Kazmeyer, FiW 66, S.104;

55) WuW 76,22;

56) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.32;

57) BGH, WuW/E 1126 ("Automatenaufstellvergütung III");

58) Kazmeyer-Hennig, BB 76,943 1,Sp.; ebenso Merkblatt des BKartA, aaO. S.120 (I 9); Belke, ZHR 1974,432, Fn.71;

Weiterhin muß der Unverbindlichkeitsvermerk in engem Zusammenhang mit dem empfohlenen Preis stehen und sowohl hinsichtlich seiner Größe als auch seiner farblichen Gestaltung und räumlichen Anordnung in ausgewogenem Verhältnis zu der Preisangabe stehen, so daß auch flüchtige Leser ohne weiteres den Zusammenhang zwischen Preisangabe und Unverbindlichkeitsvermerk erkennen können⁵⁹⁾. Der Unverbindlichkeitsvermerk muß ferner in allen Unterlagen, in denen die Preisempfehlung genannt wird (z.B. in Preislisten, Werbeschriften, Katalogen, Rechnungen, auf der Verpackung usw.) enthalten sein. Auch bei mündlichen Preisempfehlungen muß ausdrücklich auf die Unverbindlichkeit aufmerksam gemacht werden⁶⁰⁾. Angesichts des besonderen Augenmerks, den das Bundeskartellamt auf die Erfüllung des Unverbindlichkeitsvermerks richtet, tun preisempfehlende Unternehmen gut daran, diese Formalerfordernisse sorgfältig zu beachten, da sie sonst allein wegen des Formalverstoßes ein Bußgeldverfahren riskieren⁶¹⁾.

IV) Erwartung der Marktgerechtigkeit

Preisempfehlungen sind nur dann nach § 38a Abs.1 Nr.2 von den Empfehlungsverboten freigestellt, wenn sie " in der Erwartung ausgesprochen werden, daß der empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht".

1) Sinn und Zweck der Vorschrift

Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers soll diese neu in das Gesetz aufgenommene Zulässigkeitsvoraussetzung

59) Merkblatt des BKartA, aaO. S.119 (I 6); BKartA, WuW/E, 1651 = WuW 77,63; Kazmeyer, FIW 71, S.78 mit weiteren Beispielen;

60) Einzelheiten im Merkblatt des BKartA, aaO. S.119(I 6);

61) ebenso Belke, ZHR 1974,432;

sog. Mondpreisempfehlungen aus der Freistellung von den Empfehlungsverboten ausnehmen⁶²⁾. Als Mondpreisempfehlungen werden in diesem Zusammenhang diejenigen Empfehlungen angesehen, die der Empfehlende bewußt stark überhöht ausspricht, um damit dem Handel die Möglichkeit zu geben, mit erheblichen Unterschreitungen zu werben⁶³⁾. Da derartige Mondpreisempfehlungen die Freistellungsvoraussetzungen nicht erfüllen, können sie sofort als Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs.1 Nr.12 mit Geldbuße belegt werden. Der Empfehlende soll auf diese Weise dazu angehalten werden, nur marktgerecht kalkulierte Preise zu empfehlen⁶⁴⁾, da nur diese für den Verbraucher die gewünschte Orientierungshilfe⁶⁵⁾ darstellen. Mondpreisempfehlungen führen demgegenüber zu einer Täuschung der Verbraucher⁶⁵⁾.

2) Der Anwendungsbereich des § 38a Abs.1 Nr.2

Die genannte Zulässigkeitsvoraussetzung wird allerdings nur von denjenigen Preisempfehlungen nicht erfüllt, die von dem Empfehlenden in der Erwartung und in dem Bewußtsein ausgesprochen werden, daß sie voraussichtlich von der Mehrheit der Adressaten nicht eingehalten werden. Mondpreisempfehlungen (subjekt. Mondpreise)⁶⁶⁾ liegen also dann vor, wenn der Empfehlende selbst nicht ernstlich daran geglaubt hat, daß der empfohlene Preis marktgerecht kalkuliert sei. Demgegenüber genügt es nicht, wenn zwar die Mehrheit der Empfehlungsempfänger tatsächlich in beträchtlichem Maße von dem empfohlenen Preis abweicht, der Empfehlende dieses Abweichen jedoch nicht vorhergesehen hat. (objektiver Mondpreis)⁶⁶⁾. Eine derartige objektiv überhöhte Preisempfehlung rechtfertigt lediglich eine Mißbrauchskontrolle nach § 38a Abs.3 Nr.2 u. 3.

62) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

63) Merkblatt des BKartA, abgedruckt in FIW 71, S.119(I 8);

64) Belke, ZHR 1974,434; Merkblatt des BKartA, aaO.;

65) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,594;

66) Rauschenbach, NJW 73,1862 I.Sp.; Böge, DB 73,1734 r.Sp.
Belke, ZHR 1974,434; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.35;

Das Tatbestandsmerkmal "in Erwartung" ist demnach nur dann gegeben, wenn der Empfehlende zumindest mit bedingtem Vorsatz die überhöhte Preisempfehlung ausgesprochen hat. Irrtümliche oder grob fahrlässige Fehleinschätzung der Absatzlage reichen hingegen für das Entfallen der Freistellungsvoraussetzung des § 38a Abs.1 Nr.2 nicht aus⁶⁷⁾. In Anbetracht der Schwierigkeiten, denen sich der Preisempfehlende bei der Preisfestsetzung gegenüber sieht, ist diese Unterscheidung auch durchaus sachgerecht.

Für den Empfehlenden ist es angesichts der Ungewißheit der Reaktion der Händler nicht immer leicht, eine zutreffende Prognose über die voraussichtliche Preisentwicklung am Markt aufzustellen. Es bedarf dazu einer sorgfältigen Marktvorschau⁶⁸⁾, um alle am entsprechenden Markt wirksamen, preisbildenden Faktoren zu erfassen und richtig gegeneinander abzuwägen. Dabei sind unter anderem Faktoren, wie die Art des preisempfohlenen Produkts, das angestrebte Preisniveau, die Stärke der Konkurrenz, das Vorliegen eines Verkäufer- oder Käufermarktes, die Homogenität oder Inhomogenität der Händlerschaft hinsichtlich Betriebsgröße, preispolitischer Verhaltenweise und ihrer durchschnittlichen Handlungskosten, die Wahrscheinlichkeit, daß die empfohlene Ware in größerem Umfang als Lockvogel- oder Sonderangebot eingesetzt wird und Geschmacksänderungen der Verbraucherschaft zu berücksichtigen. Setzt der Empfehlende den empfohlenen Preis zu niedrig an, so läuft er Gefahr, daß die Händler wegen zu geringer Handelsspanne an dem Absatz seiner Produkte nicht sonderlich interessiert sind, zumal da, - wie auch der Wirtschaftsausschuß festgestellt hat - Verbraucherpreisempfehlungen praktisch Höchstpreise darstellen⁶⁹⁾. Nimmt der

67) Belke, ZHR 1974, 434; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.35;

68) Rauschenbach, NJW 73, 1862 r.Sp.;

69) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 595;

Hersteller vor der Festsetzung der Preisempfehlung mit Händlern oder Händlerverbänden Kontakt auf, um sich über deren Beurteilung der Absatzlage zu informieren, so setzt er sich leicht dem Verdacht eines abgestimmten Verhaltens aus, wenn die Preisempfehlung in der Folgezeit weitgehend eingehalten wird. Kal-
kulierte der Empfehlende die Preisempfehlung jedoch mit einer, seiner Meinung nach auskömmlichen Spanne, die es auch etwas kostenünstiger arbeitenden Händlern erlaubt, seinen Artikel zu führen, so kann es passieren, daß preisaktive Händler zu Werbezwecken ganz oder teilweise auf die ihnen eingeräumte Handels-
spanne verzichten und die empfohlenen Preise in erheblichem Umfang unterbieten. In diesem Fall wird die Preisempfehlung unversehens zur (objektiven) Mondpreis-
empfehlung. Erschwerend kommt noch hinzu, daß sich die preisbildenden Faktoren relativ kurzfristig ändern können. So kann z.B. das Auftreten von einigen be-
sonders preisaktiven Unternehmensformen die Preis-
gestaltung am Markt grundlegend verändern.

In Anbetracht dieser Schwierigkeiten, den marktge-
rechten Preis zuverlässig zu prognostizieren, wird man dem Empfehlenden nur in besonders drastischen Ausnahmefällen nachweisen können, daß er selbst nicht ernstlich an die Marktkonformität seines empfohlenen Preises geglaubt habe. Angesichts der ohnehin nach-
geschalteten, leichter zu handhabenden, objektiven Mißbrauchskontrolle gemäß § 38a Abs.3 Nr. 2 und 3 ist es in Zweifelsfällen zweckmäßig, von der An-
wendung des § 38a Abs.1 Nr.2 abzusehen und stattdessen im Wege der Mißbrauchsaufsicht einzuschreiten.⁷⁰⁾
Dieser Praxis bedient sich auch das Bundeskartellamt⁷¹⁾.
Es hat in Fällen ungewöhnlich starker Unterschreitungen der empfohlenen Preise den Verdacht einer Mondpreis-
empfehlung den Herstellern gegenüber geltend gemacht, worauf diese die Empfehlungen alsbald aufgegeben ha-

70) Belke, ZHR 1974, 435;

71) Kazmeyer, FIW 66 S.111; ders. FIW 71, S.80;

ben⁷²⁾. Zu untersuchen ist nun, welche Umstände in besonderem Maße darauf hindeuten, daß der Empfehlende bewußt marktwidrige Preise empfehlen wollte.

3) Indizien für das Vorliegen eines subjektiven Mondpreises

- a) Da dem Empfehlenden nachgewiesen werden muß, daß er bereits beim Aussprechen der Empfehlung selbst deren Marktwidrigkeit erkannt habe, genügt für den Nachweis dieses Bewußtseins allein die objektive Feststellung einer verbreiteten Unterbietung der empfohlenen Preise noch nicht. Je größer allerdings die Differenz zwischen dem empfohlenen und dem tatsächlich geforderten Wiederverkaufspreis ist, umso eher kann auf das Bewußtsein der Marktwidrigkeit geschlossen werden⁷³⁾.
- b) Einen wichtigen Hinweis kann die Rabattgestaltung des Empfehlenden geben. Räumt der Empfehlende seinen Abnehmern hohe effektive Handelsspannen ein, die^{erheblich} über dem Branchendurchschnitt liegen, so kann er nicht ernstlich damit gerechnet haben, daß die empfohlenen Preise mehrheitlich eingehalten werden⁷⁴⁾.
- c) Insbesondere dann, wenn es sich um eingeführte Produkte handelt, bei denen der Empfehlende bereits eine gewisse Markterfahrung gesammelt hat, oder wenn der Empfehlende selbst aufgrund von Direktvertrieb Markterfahrung auf der Einzelhandelsstufe besitzt oder eigene Abteilungen für Marktbeobachtung unterhält, wird der Verdacht bewußt marktwidriger Preisempfehlungen in hohem Maße erhärtet⁷⁴⁾.
- d) Hat ein Empfehlender längere Zeit Preisempfehlungen ausgesprochen, die von den Händlern mehrheitlich

72) Kazmeyer, FiW 71, S.80;

73) Böge, DB 73,1734 r.Sp.; Belke, ZHR 1974,434; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.35;

74) Böge, DB 73,1735 l.Sp.; Belke, ZHR 1974,434; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.35;

unterboten werden oder wurde er sogar vom Bundeskartellamt durch Abmahnung auf die Überhöhung der Preisempfehlung aufmerksam gemacht, so handelt der Empfehlende sicherlich vorsätzlich, wenn er weiterhin überhöhte Preisempfehlungen ausspricht⁷⁵⁾.

- e) Ebenso offensichtlich ist der Vorsatz zu marktwidrigen Preisempfehlungen, wenn der Empfehlende Waren ausliefert, auf denen er selbst die überhöht angesetzten Mondpreise durchstreicht und werbewirksam durch niedrigere marktgerecht empfohlene Verkaufspreise ersetzt oder entsprechende Preisetiketten mitliefert⁷⁶⁾. Ebenso ist es zu beurteilen, wenn ein Empfehlender stark überhöhte Verbraucherpreisempfehlungen ausspricht, dem Handel aber zugleich eine niedrigere Bruttopreisliste zukommen läßt, um auf diese Weise die Händler aufzufordern, den in der Verbraucherpreisempfehlung genannten Preis werbewirksam, durch Gewährung von Scheinrabatten zu unterbieten.
- f) Schließlich ist auch an die Möglichkeit zu denken, daß der Empfehlende auf Bestellung oder Druck des Handels fiktive Mondpreisempfehlungen ausspricht, um dem Handel die Möglichkeit zu geben, mit erheblichen Unterschreitungen des empfohlenen Preises zu werben⁷⁷⁾.

4) Die Bedeutung des Mondpreisproblems

Aus der Tatsache, daß das Bundeskartellamt Mondpreisempfehlungen nur in Ausnahmefällen wegen Verstoßes gegen § 38a Abs.1 Nr.2 verfolgt, darf nicht geschlossen

75) so Böge, DB 73,1735 I.Sp.; Belke, ZHR 1974,434; a.A., zumindest mißverständlich, Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.35; der hinsichtlich der Abmahnung durch das BKartA auf das erste Aussprechen der Empfehlung abstellt.

76) Belke, ZHR 1974,435;

77) Böge, DB 73,1735 I.Sp.; Belke, ZHR 1974,435;

werden, daß es sich hierbei um eine "stumpfe Waffe" handelt. Zu berücksichtigen ist, daß das Mondpreisproblem in der Wirtschaftswirklichkeit offensichtlich nicht dieselbe bedeutsame Rolle spielt, wie in der wirtschaftspolitischen Diskussion. So haben Untersuchungen des IFO-Instituts ergeben, daß nur 3 % aller Unternehmen (Hersteller, Groß- und Einzelhändler) der Meinung sind, daß das Mondpreisproblem in ihrer Branche akut sei⁷⁸⁾. Bemerkenswert ist an diesem Ergebnis, daß die befragten Unternehmen selbst recht strenge Maßstäbe an das Vorliegen von Mondpreisempfehlungen anlegen. So sprechen rund 6 % der Hersteller bereits bei einer durchschnittlichen Unterschreitung der empfohlenen Preise von weniger als 10 % von einer Mondpreisempfehlung. Bei einer laufenden Unterbietung um 10 - 20 % sehen weitere 44%, also insgesamt bereits die Hälfte aller Hersteller das Vorliegen von Mondpreisen als gegeben an. Werden die empfohlenen Preise regelmäßig um 20 - 30 % unterboten, so halten weitere 35%, insgesamt also 85% aller Hersteller den empfohlenen Preis für einen Mondpreis. Nur 15 % der befragten Hersteller sprechen erst bei einer Unterschreitung von 30% und mehr von Mondpreisempfehlungen. Die als Beispiel genannten Ansichten der Hersteller decken sich weitgehend mit denen der Groß- und Einzelhändler⁷⁹⁾. Angesichts dieser strengen Maßstäbe, die die beteiligten Unternehmen selbst an das Vorliegen von Mondpreisen anlegen, kommt der Tatsache, daß rund 90% aller befragten Unternehmen der Meinung sind, daß Mondpreise - im Sinne der jeweiligen Unternehmensdefinition, die sich an dem genannten Ausmaß der durchschnittlichen Preisabweichung von der Empfehlung orientiert - in ihrer Branche nur vereinzelt oder überhaupt nicht vorkommen, besondere Bedeutung zu⁸⁰⁾.

78) IFO-Gutachten, "Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung" von Batzer, Greipl, Singer, S.53 Tab.19;

79) IFO-Gutachten, aaO. S. 53, Tab.18;

80) IFO-Gutachten, aaO. S. 53, Tab.19;

Auch das Bundeskartellamt hat bislang keinen Anlaß gesehen, gegen Mondpreisempfehlungen wegen Fehlens der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 38a Abs.1 Nr.2 einzuschreiten⁸¹⁾. Gleichwohl sieht es die Existenz dieser Vorschrift als hilfreich im Kampf gegen Mondpreisempfehlungen an, da ihm auf diese Weise im Mißbrauchsverfahren nach § 38a Abs.3 Nr.3 durch den flankierenden Hinweis auf den Verdacht von Mondpreisempfehlungen, ein wirkungsvolles Druckmittel an die Hand gegeben ist⁸²⁾.

V) Das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen

Preisempfehlungen, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 38a Abs.1 und 2 nicht erfüllen, die sich also außerhalb des, vom Gesetz gesteckten Legalrahmens bewegen, sind kraft Gesetzes ordnungswidrig. Sie können sofort in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 38 Abs.1 Nr. 11 oder 12 verfolgt werden. Daneben oder an-stelle einer sofortigen Bußgeldfestsetzung kann die zuständige Kartellbehörde auch im Untersagungsverfahren nach § 37a vorgehen⁸³⁾ und zunächst⁸⁴⁾ nur eine Verbotsverfügung erlassen. Das Fehlen der Zulässigkeitsvoraussetzungen kann jedenfalls nach geltendem Recht nicht mehr wie früher (§ 17 Abs.1 Nr.1 a.F.) als "Mißbrauch der Freistellung" angesehen und im Mißbrauchsverfahren verfolgt werden⁸⁵⁾. Auch hierin ist eine gewollte⁸⁶⁾ Verschärfung des Rechts der vertikalen Preisempfehlungen zu sehen.

Ob die Kartellbehörde im Bußgeld- oder Untersagungsverfahren einschreitet, steht in ihrem Ermessen. Insbesondere bei Zweifeln am Vorliegen des subjektiven Tatbestands kann es zweckmäßig sein, ein Untersagungsverfahren nach § 37a vorzuschalten. Dies empfiehlt sich vor allem dann, wenn das Vorliegen der Zulässigkeits-

81) Kazmeyer, FIW 71, S.79;

82) Kazmeyer, FIW 71, S.80; auch Böge, DB 73,1735 l.Sp. hebt die präventive Wirkung dieser Bestimmung hervor, da das bewußte Aussprechen von Mondpreisempfehlungen mit einem hohen (Bußgeld-)Risiko behaftet sei.

83) Kazmeyer, FIW 66, S.107;

84) Kazmeyer, FIW 66, S.113;

85) Benisch, Gem,Kom. § 38a Rn. 63; Kazmeyer, FIW 66,S.108;

86) vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,594;

voraussetzungen für den Empfehlenden schwer festzustellen ist, sodaß Zweifel an seinem Unrechtsbewußtsein begründet sein können, z.B. wenn ein Empfehlender, der sich von seinen Konkurrenten kontrolliert fühlt, im Irrtum über die Existenz ausreichenden Preiswettbewerbs ist⁸⁷⁾.

Nach der Klärung der objektiven Ordnungswidrigkeit im Untersagungsverfahren kann dann - im Falle der Zuwiderhandlung - ein Bußgeldverfahren nach § 38 Abs.1 Nr. 4 angeschlossen werden, in dem im wesentlichen nur noch die Schuldfrage zu klären ist. Demgegenüber kann das Bundeskartellamt in eindeutigen Fällen fehlender Markenwareneigenschaft, fehlenden oder unzureichenden Unverbindlichkeitsvermerks oder fehlender Druckfreiheit regelmäßig sofort im Bußgeldverfahren gegen den Empfehlenden einschreiten.

2. Kap. Die Mißbrauchsaufsicht des § 38a Abs. 3

Stellt eine Preisempfehlung trotz Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 38a Abs. 1 und 2 im Einzelfall einen Mißbrauch der Freistellung von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 dar, so kann das Bundeskartellamt gemäß § 38a Abs.3 diese Empfehlung für unzulässig erklären und neue, gleichartige Empfehlungen für die Zukunft verbieten. Der Gesetzgeber hat den Mißbrauchstatbestand des § 38a Abs. 3 als eine Art Generalklausel ausgestaltet (§ 38a Abs. 3 Satz 1) und daneben in Satz 2 vier typische, in der Praxis wichtige Fallgruppen als besondere Mißbrauchstatbestände aufgeführt. Entsprechend dem erklärten Ziel des Gesetzgebers⁸⁸⁾ ist durch diese rechtliche Gestaltung die Mißbrauchsaufsicht über vertikale Preisempfehlungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand (§ 17 a.F. analog) sowohl erweitert als auch verschärft worden⁸⁹⁾. Hierbei ist zu beachten, daß die Anwendung der Mißbrauchsbestimmungen kein Verschulden oder gar Sittenwidrigkeit des Empfehlenden voraussetzt.

87) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 26, S.98;

88) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 594 f.;

89) so auch Gaedertz, GRUR 74, 605 I.Sp.;

Die Mißbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt ist vielmehr als Ausfluß der Pflicht des Staates zur Gefahrenabwehr anzusehen, weshalb ausschließlich auf den objektiven Sachverhalt abzustellen ist.⁹⁰⁾ Aus diesen Grunde sind auch subjektive Entlastungsgründe (z.B. Berufung auf eine Zwangslage infolge starker Nachfrageübermacht) nicht zu berücksichtigen⁹¹⁾.

I) Mißbrauch wegen gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigter Überteuerung (§ 38a Abs.3 Nr. 1)

Nach § 38a Abs.3 Satz 2 Nr. 1 liegt ein Mißbrauch insbesondere dann vor, wenn

" die Empfehlung allein oder in Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken."

Da die zweite Eingriffsalternative der "Verhinderung des Sinkens der Preise" lediglich einen Unterfall der Verteuerung darstellt⁹²⁾ und die dritte Alternative "Eignung zu Erzeugungs- und Absatzbeschränkungen" bisher weder im Hinblick auf vertikale Preisbindungen und erst recht nicht hinsichtlich vertikaler Preisempfehlungen in der Praxis des Bundeskartellamts eine nennenswerte Rolle gespielt hat⁹³⁾, sollen sich die folgenden Ausführungen ausschließlich auf die Untersuchung der "Eignung zur Verteuerung" konzentrieren.

90) Gaedertz, GRUR 74,604 r.Sp. unter Hinweis auf Dörinkel, WuW 59, 81 ff.; ebenso BGH, WuW/E 855;

91) BKartA, WuW/E 1546; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 38;

92) BKartA, WuW/E 1546; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 40;

93) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 46; Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn. 52 ff.; Ulmer/Reimer, aaO. Bd. III Nr.962 ff.Fn.85; Abgesehen von der bisherigen geringen Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals ist der Anwendungsbereich dieser Eingriffsalternative durch die Spezialregelung des § 38a Abs.3 Nr. 4 noch weiter eingeschränkt worden, worauf Belke ZHR 1974, 438 Fn. 86 zutreffend hinweist.

1) "In Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen"

Zur Verteuerung der Ware können nicht nur vertikale Preisempfehlungen, sondern auch gewisse Wettbewerbsbeschränkungen am Markt führen. Damit die Mißbrauchsaufsicht über vertikale Preisempfehlungen effektiv durchgeführt werden kann, ist die Wirkung der Preisempfehlung nicht isoliert, sondern auch in ihrem Zusammenwirken mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu betrachten⁹⁴⁾. Hierbei sind nicht nur diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die von dem preisempfehlenden Unternehmen selbst ausgehen⁹⁵⁾, sondern auch diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die von anderen Unternehmen initiiert werden, zu berücksichtigen, sofern sie sich auf die Preisempfehlung und ihre Folgen auswirken⁹⁶⁾. Dies ergibt sich schon aus der oben angeführten Tatsache, daß die Mißbrauchskontrolle gemäß § 38a Abs. 3 nicht auf ein Verschulden des Preisempfehlenden abstellt, sondern immer schon dann einzugreifen hat, wenn die Preisempfehlung objektiv marktschädliche Folgen hervorruft. Gegen die Preisempfehlung kann allerdings im Wege der Mißbrauchskontrolle gemäß § 38a Abs.3 Nr.1 nur dann vorgegangen werden, wenn die marktschädlichen Folgen von der Preisempfehlung zumindest mitverursacht⁹⁷⁾ werden. Könnte die vertikale Preisempfehlung vollständig weggedacht werden, ohne daß die Verteuerung der Ware entfielen, so darf die Kartellbehörde allerdings lediglich gegen die anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen. Für einen Mißbrauchseingriff nach § 38a Abs.3 Nr. 1 ist dann kein Raum mehr. Ruft aber die Preisempfehlung erst im Zusammenwirken mit den anderen Wettbewerbsbeschränkungen die objektiv marktschädlichen Folgen hervor, so steht es im Ermessen der Kartellbehörde, ob sie gegen die Preisempfehlung, gegen die anderen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegebenenfalls gegen beide Maßnahmen vorgehen will.⁹⁸⁾

94) vgl. zu § 17 a.F. Frankf.Kom. § 17 Tz.54;

95) so aber Markenverband, MA 57,437;

96) Frankf.Kom. § 17 Tz. 57;

97) KG, WuW/E OLG 1562 "Brotindustrie";

98) Frankf.Kom. § 17 Tz. 58;

Festzuhalten ist jedenfalls, daß das Zusammenwirken der Preisempfehlung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen für sich allein betrachtet noch keinen Mißbrauch darstellt, sondern erst beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 38a Abs.3 Nr. 1⁹⁹⁾. Allerdings kann in Fällen, in denen die vertikale Preisempfehlung ohnehin nahe an der Verteuerungsgrenze angesetzt wird, das Vorhandensein weiterer Wettbewerbsbeschränkungen den Ausschlag für einen Mißbrauchseingriff geben⁹⁹⁾. Als derartige zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen kommen zum Beispiel Rabatt-, Rationalisierungs- und Konditionenkartelle in Betracht, die in Verbindung mit weitgehend befolgten Preisempfehlungen praktiziert werden¹⁰⁰⁾. Auch in einer kollektiven Einführung und Anwendung von Preisempfehlungen durch horizontal sich zusammenfindende Unternehmen kann eine weitere Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden, die zu einer Verteuerung gemäß § 38a Abs.3 Nr. 1 führen kann¹⁾. Ebenfalls zu berücksichtigen sind Wettbewerbsbeschränkungen auf der Handelsstufe, die zwar nicht vom Empfehlenden veranlaßt werden, die aber gleichwohl die verteuernde Wirkung der Preisempfehlung verstärken können²⁾. Auch eine Koppelung von Preisempfehlungen mit Vertriebsbindungen, die an sich grundsätzlich zulässig ist³⁾, unterliegt einer Mißbrauchskontrolle durch die Kartellbehörde. Allerdings erfolgt diese - abgesehen von der Mißbrauchskontrolle über Vertriebsbindungen gemäß § 18 Abs. 1 - nach geltendem Recht nicht nach § 38a Abs.3 Nr. 1, sondern nach Nr. 4, da Vertriebsregelungen zur Aufrechterhaltung eines bestimmten Preisniveaus in § 38 Abs.3 Nr. 4 eine abschließende spezielle Regelung erfahren haben⁴⁾.

99) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 47;

100) vgl. Frankf.Kom. § 17 Tz. 40; Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn. 41; Völp, WRP 58,4; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 47;

1) vgl. Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.289;

2) vgl. hierzu die Ausführungen des BKartA, WuW/E 1549 (h) "Brotindustrie";

3) Fikentscher in "Wettbewerb als Aufgabe" S.290; Schwartz Gem.Kom. § 17 Rn. 43;

4) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 47;

2) "Eignung" zur Verteuerung

Für die Anwendbarkeit des § 38a Abs.3 Nr. 1 ist bereits die bloße Eignung zur Verteuerung ausreichend; der tatsächliche Eintritt der Verteuerung braucht demnach nicht abgewartet werden⁵⁾. "Eignung" ist nicht schon dann gegeben, wenn der Eintritt der Verteuerung nur möglich erscheint. Andererseits ist nicht erforderlich, daß er bereits sicher ist⁶⁾. Erforderlich, aber auch ausreichend ist ein gesteigerter Grad von Wahrscheinlichkeit⁷⁾. Angesichts des Erfahrungssatzes, daß vertikale Preisempfehlungen auch wenn sie erhöht sind⁸⁾, regelmäßig in gewissem Umfang eingehalten werden, ist davon auszugehen, daß ihnen immer dann eine "Eignung zur Verteuerung" innewohnt, wenn sie überhöht kalkuliert worden sind. Da es nicht auf den tatsächlichen Eintritt der Verteuerung ankommt, ist § 38a Abs.3 Nr.1 nicht nur dann gegeben, wenn die überhöht ausgesprochene Preisempfehlung weitgehend eingehalten wird, sondern auch dann, wenn sie weitgehend unterboten wird⁹⁾. Entscheidend ist lediglich die Überhöhung des empfohlenen Preises.

3) Die Verteuerung

Um feststellen zu können, ob ein empfohlener Preis überhöht angesetzt ist, benötigt man einen entsprechenden Maßstab, an dem die Verteuerung gemessen werden kann¹⁰⁾.

5) BGH, WuW/E 856; BKartA WuW/E, 1546;

6) a.A. Markenverband in MA 57,437;

7) Frankf.Kom. § 17 Tz. 49;

8) BKartA WuW/E 1242; BGH WuW/E 975;

9) Der Hinweis Belkes (ZHR 1974,438), daß das BKartA in seiner bisherigen Amtspraxis aus Beweisgründen Mißbrauchsverfahren nach § 38a Abs.3 Nr.1 erst "nach Handhabung" (das bedeutet im Zusammenhang: nach weitgehender Unterbietung) überteuerter Empfehlungen eingeleitet und insofern nicht auf die "Eignung" zur Verteuerung abgestellt habe, ist jedoch zumindest mißverständlich. Gerade in diesen Fällen unterbotener Empfehlungen kann lediglich die "Eignung" und nicht der "Eintritt der Verteuerung" bejaht werden. Die Verteuerung tritt erst dann tatsächlich ein, wenn die überhöhte Preisempfehlung weitgehend eingehalten wird. Selbst im Brotindustrie-Fall hat das BKartA nur auf die Eignung zur Verteuerung abgestellt (BKartA, WuW/E 1546).

10) BGH, WuW/E 856;

Grundsätzlich bieten sich drei verschiedene marktbezogene Vergleichsmaßstäbe an¹¹⁾:

- die tatsächlich vom Handel für die preisempfohlene Ware geforderten, niedrigeren Preise (a),
- die Preise und Spannen gleichartiger Waren (b) und schließlich
- die erzielbaren, durchschnittlichen Betriebshandelsspannen für den Verkauf anderer Waren (c).

Die drei genannten Vergleichsgrößen dürfen jedoch nicht uneingeschränkt als fiktiver Wettbewerbspreis der preisempfohlenen Ware angesehen werden. Sie stellen vielmehr lediglich die Grundlage dar, auf der dieser fiktive Marktpreis erst zu errechnen ist¹²⁾. Zunächst müssen mit gebotener Sorgfalt die wesentlichen Unterschiede hinsichtlich der maßgebenden, preisbildenden Faktoren erfaßt und in der Beweiswürdigung entsprechend berücksichtigt werden¹³⁾. Erst der auf diese Weise errechnete, fiktive Wettbewerbspreis kann als geeigneter Maßstab angesehen werden, um eine Verteuerung der vertikalen Preisempfehlung nachzuweisen. Angesichts der am Einzelhandelsmarkt häufig zu beobachtenden Preisvielfalt¹⁴⁾ darf allerdings nicht erwartet werden, daß man auf diese Weise einen exakt bestimmten hypothetischen Marktpreis für die preisempfohlene Ware erhält. Man gewinnt vielmehr nur gewisse Anhaltspunkte, innerhalb welcher Bandbreite die tatsächlichen Verkaufspreise liegen würden, wenn keine überhöhte Preisempfehlung ausgesprochen würde.

Wenn deshalb Kritiker den hypothetischen Preis als Vergleichsmaßstab ablehnen, weil er eine Größe darstelle, die sich in der Praxis gar nicht exakt bestimmen lasse¹⁵⁾, so ist dem zu entgegnen, daß es auf eine exakte Bestimmung gar nicht ankommt. Nach den zutreffenden Ausführungen des BGH¹⁶⁾ kann die Eignung zur Verteuerung

11) BKartA, WuW/E 1547; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.40;

12) Dies deutet auch der BGH, WuW/E 856 an, wenn er ausführt, daß es bedenklich sei, einen Wettbewerbspreis "uneingeschränkt" als Maßstab zugrunde zu legen.

13) Benisch, WuW 74,808;

14) vgl. BKartA, WuW/E 1590;

15) Knöpfle, BB 74,862;

16) BGH, WuW/E 857;

nach § 38a Abs.3 Nr. 1 erst dann bejaht werden, wenn zwischen dem hypothetisch ermittelten Wettbewerbspreis und dem empfohlenen Preis ein Spannungsverhältnis größeren Ausmaßes besteht. Es kommt also in Rahmen der Mißbrauchsaufsicht - wie ^{auch} Fikentscher ausführt ¹⁷⁾ - nicht darauf an, eine exakte Pfennigrechnung zu veranstalten, sondern es geht um die Schätzung eines auffallenden Mißverhältnisses. Zu diesem Zweck ist aber das geschilderte Verfahren vollauf geeignet, da sich - unter Berücksichtigung gewisser Toleranzen - durchaus feststellen läßt, innerhalb welcher Bandbreite oder unterhalb welcher Obergrenze der Wettbewerbspreis der preisempfohlenen Ware liegen würde ¹⁸⁾ und sich dieses Preisniveau daraufhin mit dem empfohlenen Preis vergleichen läßt. Wie bereits angesprochen wurde, kann eine mißbräuchliche Eignung zur Verteuerung nur dann angenommen werden, wenn die Preisempfehlung "erheblich" von dem hypothetischen Marktpreis abweicht. Dies ergibt sich zwar - in Gegensatz zu § 38a Abs.3 Nr.3 - nicht schon aus dem Gesetzeswortlaut, wohl aber aus Sinn und Zweck der Vorschrift. Auch im Hinblick auf nie ganz auszuschließende Ungenauigkeiten und Fehler bei der Schätzung des hypothetischen Marktpreises kann eine mißbräuchliche Überhöhung der Preisempfehlung nicht schon bei einer geringfügigen Überschreitung, sondern erst bei einem Spannungsverhältnis größeren Ausmaßes angenommen werden ¹⁹⁾.

- a) ^{Der} Vergleich mit dem niedrigeren, tatsächlichen Verkaufspreis der preisempfohlenen Ware

Wird die Preisempfehlung im größeren Umfang von den Händlern unterboten, so spricht dies in aller Regel dafür, daß der hypothetische Marktpreis ohne Vorliegen der Preisempfehlung ebenfalls auf diesem niedrigerem Niveau liegen würde. Allerdings darf der tatsächlich geforderte Wiederverkaufspreis nicht generalisierend mit dem hypothetischen Marktpreis

17) Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.281;

18) Benisch, WuW 74,804;

19) Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.281;
Benisch, WuW 67,142; ders., Gen.Kom. § 38a Rn.42;

gleichgesetzt werden, da für die Preisunterbietungen auch andere Faktoren eine Rolle spielen können, die nicht notwendig auf eine Überhöhung der Spannen und Preise zurückzuführen sind²⁰⁾. Andererseits ist auch der Fall denkbar, daß der tatsächliche Verkaufspreis der Händler zwar erheblich unter dem empfohlenen Preis liegt, aber gleichwohl im Vergleich zum hypothetischen, zum Beispiel durch Vergleich mit Konkurrenzwaren gewonnenen Marktpreis als überhöht erscheint²¹⁾. Dies kann insbesondere bei stark überhöhten Preisempfehlungen der Fall sein, wenn die Händler durch Gewährung von "Scheinrabatten" lediglich auf einen Teil der ihnen eingeräumten, überhöhten Handelsspanne verzichten. Sofern die überhöht angesetzte Preisempfehlung zumindest von einem gewissen Teil der Händler eingehalten wird, wofür eine tatsächliche Vermutung besteht,²²⁾ ist sie geeignet verteuern zu wirken. Die Differenz zwischen dem ^{empfohlenen Preis und dem} hypothetischen Marktpreis, der unter Umständen mit dem tatsächlich geforderten Wiederverkaufspreis der Händler zusammenfallen kann, ergibt dann die Verteuern. Da die Unterbietungsfälle in § 38a Abs.3 Nr. 3 eine Spezialregelung erfahren haben, werden sie aus den Anwendungsbereich des § 38a Abs.3 Nr.1 grundsätzlich ausgeklammert²³⁾, weshalb sie im einzelnen auch erst bei der Behandlung des § 38a Abs.3 Nr.3 besprochen werden sollen.

b) Vergleich mit Preisen und Spannen gleichartiger Waren

Werden die empfohlenen Preise weitgehend eingehalten, besteht aber trotzdem der Verdacht einer Überhöhung des empfohlenen Preises, so kann der sich ohne Preisempfehlung ergebende hypothetische Marktpreis durch Vergleich mit den Preisen und Spannen gleich-

20) Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.20;

21) vgl. Belke, ZHR 1974,440;

22) BKartA, WuW/E 1242; BGH, WuW/E 975;

23) Belke, ZHR 1974,441; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.66;

artiger Konkurrenzwaren gewonnen werden. Da bei einem Vergleich der geforderten Wiederverkaufspreise unbedingt die Höhe der jeweiligen Einstandspreise berücksichtigt werden muß, läuft dieses Verfahren in jedem Fall auf einen Vergleich der Handelsspannen hinaus. Um eine eventuelle Überhöhung des empfohlenen Preises feststellen zu können, ist die empfohlene Spanne mit der für die Konkurrenzwaren geforderten Handelsspanne zu vergleichen²⁴⁾.

Voraussetzung für einen entsprechenden Spannenvergleich ist jedoch, daß bestehende Unterschiede hinsichtlich der preisbildenden Faktoren analysiert und bei der Beweiswürdigung mit gebotener Vorsicht und Sorgfalt berücksichtigt werden.

aa) Kriterien der Vergleichbarkeit

Die Vergleichbarkeit der Handelsspannen zweier Waren ist insbesondere nach folgenden Kriterien zu untersuchen²⁵⁾.

(1) Produktqualität und Wertschätzung

Entscheidend ist nicht nur die objektive Qualität der Ware, sondern mindestens in gleicher Weise die subjektive Wertschätzung durch den Verbraucher. Dabei spielen Vertrauen auf gleichbleibende Güte, Zuverlässigkeit, Überall-Erhältlichkeit, Sortimentsbreite, guten Ruf, Image und sonstige Ausdrucksformen des Good-Will eines Erzeugnisses eine wesentliche Rolle. Derartige Verbraucherpräferenzen müssen grundsätzlich berücksichtigt werden, wenn die Preise von markenlosen Artikeln und Markenwaren oder von zweigleisig vertriebenen Waren verglichen werden. Wenn allerdings zwischen markierten und unmarkierten, substantiell gleichen

24) nicht erklärlich ist, weshalb Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.43 die Eignung der Preisempfehlung zur Verteuerung durch Vergleich der "effektiven", tatsächlich geforderten Handelsspanne feststellen will. Mit diesem Vergleich kann Benisch lediglich die tatsächlich eingetretene Verteuerung feststellen.

25) In Anlehnung an Benisch, WuW 74,808 ff.;

Ware desselben Unternehmens erhebliche Preisunterschiede bestehen, gilt eine starke Vermutung für eine mißbräuchliche Überhöhung.

(2) Wettbewerbsparameter und Nebenleistungen

Für die Mißbrauchsprüfung ist nicht allein ein Preisvergleich zwischen den betreffenden Produkten maßgeblich, sondern es muß das gesamte Bündel von Wettbewerbsparametern und Nebenleistungen mitgewertet werden, die der Empfehler oder die Händler einsetzen. Das niedrigere Preisniveau eines Vergleichsprodukts kann in der Gesamtwertung ungünstiger sein, wenn die zu vergleichenden Unternehmen bessere Rabatte, Konditionen, Lieferzeiten, Serviceleistungen, Gütegarantien usw. bieten. Auch Unterschiede hinsichtlich der Werbeleistung dürfen grundsätzlich nicht außer Betracht bleiben. Vor allem ist auf die Vergleichbarkeit der erbrachten Handelsleistungen ein besonderes Augenmerk zu richten. Insofern können Preise von Facheinzelhändlern mit breitem Sortiment nicht ohne weiteres mit Preisen von Supermärkten oder Kaufhäusern mit schmälerem Sortiment verglichen werden.

(3) Vergleichbarkeit der Betriebstypen

Aber auch Unterschiede hinsichtlich der Unternehmensgröße, Kapitalkraft, Risikostreuung und der Möglichkeit zur Mischkalkulation schlagen sich in der Höhe der von den verschiedenen Betriebstypen geforderten Handelsspanne nieder und müssen demzufolge berücksichtigt werden.

(4) Umschlagsgeschwindigkeit und Vertriebsrisiko

Die Vergleichbarkeit der Handelsspannen verschiedener Waren hängt nicht zuletzt von ihrer Umschlagsgeschwindigkeit und ihrem Vertriebsrisiko (Gefahr des Bruchs, der Beschädigung, des Verderbens, des Modewechsels usw.) ab. Niedrige Umschlagsgeschwindigkeit und hohes Vertriebsrisiko

sind Faktoren, die regelmäßig zu höheren Handelsspannen führen²⁶⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß der hypothetische Marktpreis der empfohlenen Ware dem tatsächlich geforderten Marktpreis der Vergleichsware umso eher entsprechen muß, je höher der nach den oben aufgeführten Kriterien festgestellte Grad der Vergleichbarkeit zwischen den beiden Produkten ist. Hierbei kommt es nicht einmal entscheidend darauf an, daß der Preis der Vergleichsware unter möglichst idealen Wettbewerbsbedingungen gebildet wurde²⁷⁾. Für die Anwendbarkeit des § 38a Abs.3 Nr. 1 reicht es vielmehr aus, durch einen "relativen" Vergleich nachzuweisen, daß die Preisempfehlung geeignet ist, die Ware zu verteuern. Nicht erforderlich ist es hingegen, genau zu bestimmen, in welchem Ausmaß der empfohlene Preis den fiktiven Wettbewerbspreis, der sich unter idealen Wettbewerbsbedingungen bilden würde, übersteigt. Der Beweis der "Eignung zur Verteuerung" ist bereits dann erbracht, wenn zwischen der für die Vergleichsware geforderten Handelsspanne einerseits und der empfohlenen Spanne andererseits ein so starkes Mißverhältnis festgestellt wird, daß an der Eignung zur Verteuerung nicht mehr gezweifelt werden kann.

Da es für den Nachweis der Verteuerung nicht auf die "absolute" Bestimmung der Spannenüberhöhung ankommt, können als Vergleichsware auch andere preisempfohlene Waren herangezogen werden²⁸⁾. Selbst eine mögliche, auf die Empfehlung zurückzuführende Überhöhung der tatsächlichen Verkaufspreise dieser Vergleichswaren schadet nicht, wenn die wegen Verdachts der Überteuerung zu untersuchende empfohlene Handelsspanne die Vergleichshandelsspanne gleichwohl erheblich übersteigt.

26) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.51;

27) Benisch, WuW 74, 806;

28) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.42;

bb) Das Problem des Verteuerungszuschlags

Das Bundeskartellamt hat in mehreren Entscheidungen die Ansicht vertreten, daß empfohlene Preise ebenso wie gebundene Preise nur dann gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt sind, wenn sie annähernd den (hypothetischen) Marktpreisen entsprechen²⁹⁾. Dem gegenüber war das Kammergericht der Auffassung, daß sich aus dem Wesen der Preisbindung und insbesondere unter Berücksichtigung der angestrebten Überall-Erhältlichkeit ergebe, daß eine "Verteuerung durch Preisbindung" erst dann gegeben sei, wenn zu dem sich ohne Preisbindung ergebenden Marktpreis ein gewisser Verteuerungszuschlag hinzugerechnet werde³⁰⁾. In einer, wenn auch nicht abschließenden Stellungnahme im Rahmen der Kostenentscheidung hat der BGH diese Ansicht grundsätzlich gebilligt³¹⁾. Er bezog sich hierbei unter anderem auf die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GWB³²⁾, in der es als "verständlich" bezeichnet wird, daß "dieselbe Ware, wenn sie ohne Marke oder auch unter einer Marke mit geringerer Marktgelung abgesetzt wird, in der Regel etwas billiger ist, als der gebundene Markenartikel". In diesem Fall liege noch keine ungerechtfertigte Verteuerung der preisgebundenen Ware vor.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese Erwägungen auch auf vertikale Preisempfehlungen anwendbar sind. Belke³³⁾ scheint dies ohne nähere Begründung

29) BKartA, WuW/E 1106 "Grobwaschmittel", dazu grundlegend BKartA, WuW/E 839,868 "Großgebäude I und II";

30) KG, WuW/E OLG 737 "Großgebäude III"; zustimmend Ulmer-Reimer, aaO. Nr.963 Fn. 85; Frankf.Kom. § 17 Tz.52 f.; ablehnend Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.21;

31) BGH, WuW/E 856 f. "Großgebäude IV";

32) Bundestagsdrucksache IV/2564;

33) Belke, ZHR 1974,439;

zu bejahen. Demgegenüber ist Benisch³⁴⁾ der Meinung, daß das Gesetz für unverbindliche Preisempfehlungen keinen angehobenen Preis anerkenne. Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es nützlich, sich die Gründe vor Augen zu halten, die den Gesetzgeber bewogen haben, die Markenwarenp reisempfehlungen zuzulassen. Nach dem Bericht des Wirtschaftsausschusses³⁵⁾ stand dabei der Gedanke im Vordergrund, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen für den Verbraucher eine Orientierungshilfe darstellen sollten. Ohne ihre Hilfe wäre dem Konsumenten ein echter Preisvergleich nur unter großen Schwierigkeiten, häufig sogar überhaupt nicht möglich. Die Gefahr einer Benachteiligung der weniger mobilen Verbrauchergruppen wäre ohne solche Preisvergleiche größer. Hinzu komme, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen praktisch Höchstpreise darstellen und außerdem geeignet erscheinen, eine verbraucherfreundliche Kalkulation im Handel zu fördern³⁶⁾.

Für den Empfehlenden ist es allerdings häufig recht schwierig, die Höhe des empfohlenen Preises so anzusetzen, daß dieser den hohen Erwartungen des Gesetzgebers gerecht wird. Er steht dabei vor dem Problem, daß er seinen empfohlenen Preis zwar an dem sich ohne Preisempfehlung bildenden (hypothetischen) Marktpreis ausrichten soll, daß sich aber in der Praxis, wegen der Inhomogenität der belieferten Händler hinsichtlich ihrer Handlungskosten und Kalkulationsgewohnheiten in der Regel gar kein einheitlicher Marktpreis³⁷⁾, sondern ein mehr oder weniger breites Preisspektrum³⁸⁾ herausbildet. Der Empfehlende muß aber, um die Unverbindlichkeit seiner Empfehlung nicht einzuschränken, einen "bestimmten" Preis empfehlen³⁹⁾.

34) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.42;

35) WuW, 73,594;

36) WuW, 73,595;

37) IFO-Gutachten S.66;

38) Kazmeyer, FIW 66 S.110;

39) siehe oben S.144 der Diss. und BKartA, WuW/E 1552;

Setzt er diesen zu niedrig an, so verliert er diejenigen Kunden, denen die empfohlene Handels- spanne zu niedrig ist, da diese wegen der Höchst- preiswirkung in der Regel keine höheren Preise verlangen können. Setzt er den empfohlenen Preis zu hoch an, so läuft er Gefahr, daß die Empfehlung in erheblichem Umfang unterboten wird, und des- halb vom Bundeskartellamt für unzulässig erklärt wird. Möchte der Empfehlende aus diesen Gründen nur bestimmte Händlergruppen beliefern, die auf- grund ihrer Kostensituation und ihrer Kalkulations- gewohnheiten eine relativ homogene Gruppe dar- stellen, von der eine wesentliche Unterschreitung des Empfehlungs-niveaus nicht zu erwarten ist, so kommt der Empfehlende mit § 38a Abs.3 Nr.4 in Konflikt⁴⁰⁾. Insgesamt steht der Empfehlende also vor einer schier unlösbaren Aufgabe.

Wenn der Hersteller oder Großhändler trotz all dieser Schwierigkeiten dennoch empfohlene Preise aussprechen will - was sich, wie Rauschenbach zu- treffend ausführt, nur dann lohnt, wenn die Nennung von unverbindlichen Preisempfehlungen für ihn tatsächlich ein unentbehrliches Absatz- instrument darstellt⁴¹⁾ - so muß er wenigstens versuchen, dem hypothetischen Marktpreis möglichst nahe zu kommen. Aus diesen Grunde muß er die Höhe des empfohlenen Preises nach den Kalkulations- gewohnheiten der repräsentativen Hauptabsatz- träger richten^{42a)}. Hierbei ist auch ein etwaiger Strukturwandel im Vertrieb zu berücksichtigen⁴²⁾. Es geht nicht an, daß ein Empfehlender, der seine Markenware nur noch zu einem Drittel über Fachge- schäfte, zu zwei Dritteln aber über knapper kal- kulierenden Warenhäuser, Großfilialisten, frei-

40) Belke, ZHR 1974, 445;

41) Rauschenbach, NJW 73, 1862;

41a) Unrealistisch ist es jedoch, wenn das BKartA in der Haushaltmargarine-Entscheidung (WuW/E 1558) unter Berufung auf die BGH-Entscheidung vom 17.10.68 "Elida" (WuW/E 974) fordert, daß die unverbindl. Preisempfehlung allen am Markt befindlichen Vertriebsformen gerecht werden muß.

42) Fikentscher in "Wettbewerb als Aufgabe" S.284;

willige Handelsketten, Konsumgenossenschaften und Discountgeschäfte absetzt, gleichwohl in vollem Umfang die Kostenlage und Kalkulationsgewohnheiten der Fachgeschäfte für die Bemessung des empfohlenen Preises zugrundelegt.⁴³⁾ Andererseits kann aber auch Kazmeyer⁴⁴⁾ nicht zugestimmt werden, daß der Empfehlende den empfohlenen Preis generell an der "unteren Mittellinie" des zu erwartenden Preisspektrums ansiedeln müsse. Entscheidend sind vielmehr die hypothetischen Preise der Handelsunternehmen, über die der Hauptumsatz abgewickelt wird, die also für die Abnehmerstruktur hinsichtlich der betreffenden preisempfohlenen Ware repräsentativ sind⁴⁵⁾. Geschieht dies vorwiegend über Geschäftstypen, die unterhalb der Mitte des zur Verfügung stehenden Geschäftstypenspektrums anzusiedeln sind, so ist tatsächlich eine "untere Mittellinie" innerhalb des Preisspektrums zu wählen. Liegt aber das Hauptgewicht des Absatzes bei den anspruchsvolleren Unternehmen des Geschäftstypenspektrums, so kann sehr wohl ein Ansatz der Preisempfehlung auf einer "oberen Mittellinie" gerechtfertigt sein.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Kalkulation der Preisempfehlung dann, wenn sich keine eindeutigen Absatzschwerpunkte feststellen lassen, sondern die empfohlene Ware gleichmäßig über verschiedene Geschäftstypen abgesetzt wird. In diesem Fall wird man dem Empfehlenden, angesichts der faktischen Höchstpreiswirkung von Verbraucherpreisempfehlungen wohl zubilligen müssen, daß er den empfohlenen Preis etwas oberhalb der Mitte des Preisspektrums ansetzt, um auch auf wirtschaftlich schwächere Abnehmer eine gewisse Rücksicht zu nehmen. Aus diesem Grunde findet es der

43) BGH, WuW/E 975 "Zahncreme";

44) Kazmeyer, FIW 66, S.110; Wie hier Benisch, GRUR 75,53, der zutreffend darauf hinweist, daß der von Kazmeyer vorgeschlagene Kalkulationsansatz von vornherein den Todesstoß für die unverb. Preisempfehlung bedeuten würde.

45) vgl. KG WuW/E OLG 1595;

BGH ⁴⁶⁾ nicht zu beanstanden, wenn der empfohlene Preis denjenigen Preis, den ein Teil, möglicherweise sogar die Mehrzahl der Einzelhändler bei eigener Kalkulation veranschlagen würde, um einen verhältnismäßig geringen Betrag übersteigt. Obwohl der BGH die zitierten Ausführungen im Rahmen einer Prüfung des § 3 UWG gemacht hat, ist die Berücksichtigung dieser Überlegungen auch im Rahmen der Mißbrauchstatbestände des § 38a Abs.3 geboten ⁴⁷⁾. Der Empfehlende muß bei der Festsetzung des empfohlenen Preises auch die Kalkulation der wirtschaftlich schwächeren Anbieter berücksichtigen dürfen ⁴⁸⁾, sofern diese tatsächlich in nennenswertem Umfang am Absatz der preisempfohlenen Ware beteiligt sind. Voraussetzung ist jedoch, daß die höheren Preise für diese als tatsächliche ~~Wieder~~verkaufspreise ernsthaft in Betracht kommen ⁴⁹⁾. Erst dann, wenn der empfohlene Preis "erheblich" über dem durchschnittlichen Marktpreis zu liegen käme ⁵⁰⁾, dürfen die hypothetischen Verkaufspreise der wirtschaftlich schwächeren Händler nicht mehr berücksichtigt werden, weil die vertikale Preisempfehlung nach dem Sinn des GWB nicht dazu bestimmt ist, kostendeckende oder gewinnsichernde Preise für bestimmte Marktteilnehmer zu gewährleisten ⁵¹⁾. Unterhalb der Erheblichkeitsschwelle dürfen Preisempfehlungen jedoch auch über dem durchschnittlichen Marktpreis liegen.

Die Orientierungsfunktion der Preisempfehlung für die Verbraucher wird hierdurch nicht ange-
tastet. Wie auch das Bundeskartellamt ausführt,

46) BGH, WuW/E 629 ff. = GRUR 66, 332 I. Sp. "Richtpreiswerbung I" ;

47) ebenso Benisch, WuW 67, 141;

48) teilweise wird sogar die Meinung vertreten, daß die Empfehlung unauskömmlicher Preise angesichts der Höchstpreiswirkung von Verbraucherpreisempfehlungen selbst einen eigenen Mißbrauchsfall darstellen. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 58; Schwartz, Gem.Kon. § 17 Rn. 62;

49) BGH, GRUR 66, 332 I. Sp.;

50) BKartA, WuW/E 1242;

51) vgl. Fikentscher in "Wettbewerb als Aufgabe" S. 281; BKartA, WuW/E 1242;

sind die Verbraucher nach Aufhebung der Preisbindung daran gewöhnt, daß auch Markenartikel in den einzelnen Verkaufsstätten des Handels zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden.⁵²⁾ Insofern werden sie grundsätzlich durch unterschiedliche Preisforderungen weder getäuscht noch verunsichert. Solange der empfohlene Preis den hypothetischen Marktpreis nicht "erheblich" übersteigt, kann also die unverbindliche Preisempfehlung ihre Aufgabe als Orientierungsdatum für die Verbraucher durchaus erfüllen. Gerade das Ausmaß der Unterbietung gewährt den Verbrauchern wichtige Aufschlüsse über die geschäftstypische Kalkulation der jeweiligen Händler. Dies kann mittelbar zu einer Belebung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Händlern und somit zu der vom Gesetzgeber gewünschten⁵³⁾ verbraucherfreundlichen Kalkulation im Handel führen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß manche Händler, um die Werbewirksamkeit in ihrer Preisunterbietung noch zu steigern, die Preisempfehlung nicht nur in dem Umfang unterbieten, wie der empfohlene Preis ihren eigenen hypothetischen Preis übersteigt, sondern darüberhinaus noch auf einen Teil der von ihnen normalerweise einkalkulierten Handelsspanne verzichten.^{53a)} In diesem Fall übt die Preisempfehlung nicht nur keine verteuernde, sondern sogar eindeutig preisniveausenkende Wirkungen aus⁵⁴⁾. Zu derartigen, preisniveausenkenden Preisunterbietungen werden die Händler in der Regel jedoch nur dann angeregt, wenn sie eine für ihre Verhältnisse leicht überhöhte Preisempfehlung zunächst nur bis zur Höhe ihres individuellen, hypothetischen Verkaufspreises unterbieten wollen und dabei feststellen, daß sich die Werbewirkung durch einen weiteren

52) BKartA, WuW/E 1559;

53) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

53a) Auch Gaedertz, GRUR 74,60(1.Sp.) weist darauf hin, daß Handelsunternehmen, die typischerweise eine Niedrigpreispolitik verfolgen, den empfohlenen Preis auch dann unterbieten werden, wenn er ihrem eigenen hypothetischen Marktpreis entsprechen würde.

54) IFO-Gutachten, aaO. S.71;

Spannenverzicht noch weiter steigern ließe. Insofern läge es auch keineswegs im wohlverstandenen Interesse der Verbraucher, wenn man den bei Preisbindungen anerkannten Verteuerungszuschlag nicht ebenfalls bei Preisempfehlungen zulassen würde.

cc) Das Problem außergewöhnlicher Marktsituationen und der Mischkalkulation

Auch wenn der Empfehlende die Preisempfehlung entsprechend dem hypothetischen Marktpreis der Hauptabsatzträger kalkuliert hat, kann es - wie bereits oben angesprochen wurde - vorkommen, daß Händler ihren eigenen hypothetischen Wiederverkaufspreis unterbieten, um die Werbewirkung des Preisvergleichs mit dem empfohlenen Preis zu erhöhen. In diesem Fall bedienen sich die Händler einer Mischkalkulation in der Hoffnung, daß Erlöseinbußen bei den niedrig kalkulierten Waren durch die Attraktionswirkung für das gesamte, ansonsten normal kalkulierte Sortiment, wieder wettgemacht werden.⁵⁵⁾ Mischkalkulation ist allerdings nur bei solchen Waren sinnvoll, die üblicherweise, wie zum Beispiel Ge- und Verbrauchsgegenstände des täglichen Lebens, im Verbund mit anderen Waren gekauft werden. Verwenden nun einige bedeutende Händler gleichzeitig dieselbe preisempfohlene Markenware als derartiges Werbeangebot, so kann dies zur Folge haben, daß noch weitere Händler nachziehen und lieber Verlustpreise in Kauf nehmen als Marktanteile an ihre Konkurrenten zu verlieren. Auf diese Weise kann der tatsächliche Marktpreis für die preisempfohlene Ware durchaus unter dem hypothetischen Marktpreis ohne Preisempfehlung liegen. Es stellt sich nun die Frage, ob der Empfehlende bei der Festsetzung des empfohlenen Preises derartige,

55) IFO-Gutachten, aaO. S. 47;

durch die Preisempfehlung induzierte Preisunterbietungen mit berücksichtigen mu3.

(1) Handelt es sich hierbei um kurzfristige oder regionale oder nur auf bestimmte Händlergruppen beschränkte Unterbietungen⁵⁶⁾, so braucht sie der Empfehlende selbst nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht zu berücksichtigen⁵⁷⁾. In diesen Fällen darf das preisempfehlende Unternehmen sogar auf Wunsch der jeweiligen Händler, deren Sonderangebotspreise auszeichnen, wobei ihm allerdings anzuraten ist, zum Ausdruck zu bringen, daß es sich hier um einen (befristeten) Händler-sonderangebotspreis handelt⁵⁸⁾.

(2) Aber auch wenn derartige Unterbietungsangebote über einen längeren Zeitraum hinweg praktiziert werden, kann von dem Empfehlenden nicht verlangt werden, solche durch die Preisempfehlung induzierten Unterbietungen des hypothetischen Marktpreises bei der Festsetzung des empfohlenen Preises zu berücksichtigen. Eine andere Auffassung wäre weder mit dem Empfehlungsbegriff noch mit dem Sinn der Freistellung der Markenwarenpreisempfehlungen zu vereinbaren. Dem Begriff der Preisempfehlung wohnt - wie oben dargelegt wurde - das Bestreben inne, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, im Sinne des Empfehlenden zu beeinflussen⁵⁹⁾. Ein Hersteller hält sich demnach im Rahmen des Begriffes einer kartellrechtlich zulässigen Empfehlung, wenn er "seine Vorstellungen" über den angemessenen Wiederverkaufspreis, die sich an dem hypothetisch ohne Preisempfehlung geforderten Verkaufspreis ausrichten, bekanntgibt, auch wenn dieser mit

56) Benisch, WuW 67, 142 f.;

57) Nach Ansicht des BKartA ist allerdings "Kurzfristigkeit" von Sonderangeboten bei Lebensmitteln nur innerhalb einer Frist von weniger als 8 Tagen, bei Körperpflegemitteln innerhalb einer Frist von 14 Tagen gegeben. Kazmeyer, FIW 71 S.83; BKartA, WuW/E 1559;

58) Merkblatt des BKartA, FIW 71 S.121 (4);

59) BGH, WuW/E 370;

zeitweiligen wettbewerbsbedingten Preisdarstellungen auf der Handelsstufe nicht übereinstimmt⁶⁰⁾. Solange der empfohlene Preis "ernsthaft als Grundlage für die Preisgestaltung der Händler in Betracht kommt"⁶¹⁾, was immer dann der Fall ist, wenn er dem ohne Preisempfehlung geforderten hypothetischen Marktpreis entspricht, kann er kartellrechtlich nicht beanstandet werden. Der Empfehlende würde sonst nach dem Sinne des Empfehlungsbegriffs zum Ausdruck bringen, daß er es für richtig halte, wenn der Handel am Verkauf seiner Ware nichts verdient oder gar zusetzt⁶²⁾. So etwas kann aber nicht Grundlage einer kaufmännisch seriösen, auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn Händler aus eigener Initiative Mischkalkulation betreiben. Würde jedoch der Empfehlende selbst den Händlern empfehlen, seine Waren auf Kosten der Waren anderer Hersteller unter dem ohne Preisempfehlung normalerweise geforderten (hypothetischen) Marktpreis zu verkaufen, so würde er unzulässigerweise in die Absatzmöglichkeiten anderer Hersteller eingreifen. Insofern kann ein Handelspreisniveau, das durch Wettbewerbskämpfe zerrüttet und dadurch auf oder unter die Selbstkosten des absatztragenden Händlerstamms herabgewirtschaftet ist, nicht als Maßstab für die Mißbräuchlichkeit einer Herstellerpreisempfehlung dienen, und zwar auch dann nicht, wenn sie zeitlich das Marktbild beherrschen mag⁶²⁾.

(3) Erst dann, wenn sich der ursprüngliche "Kampfpreis" als neuer "marktüblich gewordener Verkaufspreis"⁶³⁾ durchgesetzt hat, den die über-

60) so auch Benisch, WuW 67,140 und Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn. 64;

61) BGH, WuW/E 737;

62) Benisch, WuW 67,142;

63) so die Terminologie des BGH, GRUR 66,332 1.Sp.;

wiegende Zahl der Händler auch ohne die durch die Preisempfehlung selbst induzierten Preisunterbietungen fordern würde, muß der Empfehlende den empfohlenen Preis diesem niedrigeren hypothetischen Marktpreis anpassen. Der frühere Marktpreis kommt dann für die Preisgestaltung der Wiederverkäufer nicht mehr ernsthaft in Betracht⁶⁴⁾.

dd) Das Problem der Kostenrechtfertigung

Obwohl es heutzutage weitgehend anerkannt ist, daß für die Prüfung einer mißbräuchlichen Verteuerung hauptsächlich auf den Vergleich des empfohlenen Preises mit dem hypothetischen Marktpreis abzustellen ist,⁶⁵⁾ wird trotzdem immer wieder entscheidend auf Kosten- und Gewinn Gesichtspunkte abgestellt. So schreibt zum Beispiel Benisch⁶⁶⁾: "Eine Handelsspanne ist keinesfalls (!) mißbräuchlich, wenn sie nur die Vertriebskosten der betreffenden Ware einschließlich eines angemessenen Gemeinkostenzuschlags deckt, ausgehend von einem durchschnittlich leistungsfähigen Handelsbetrieb. Auch die Einberechnung eines branchendurchschnittlichen Gewinns kann nicht als mißbräuchliche Verteuerung gewertet werden".

Derartige Äußerungen werden jedoch dem grundsätzlichen Vorrang des Marktpreisvergleichs vor Kosten- und Gewinn Gesichtspunkten nicht gerecht.

64) Benisch, WuW 67,143;

65) in diesem Sinne hat die Bundesregierung in der amtlichen Begründung zur Novellierung des § 17 (BT-Drucks. IV/2564 S.13 ff.) ausgeführt, daß sich Kosten- und Preisprüfungen im allgemeinen als ungeeignet erwiesen hätten, den Nachweis einer mißbräuchlichen Überhöhung der gebundenen Preise zu erbringen. Ebenfalls den Vorrang des hypothetischen Marktpreisvergleichs betonen mehr oder weniger stark: BKartA, WuW/E 835,867,1106,1241 f.; KG, WuW/E OLG 738; BGH, WuW/E 672,857,975; Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.20 f.; Frankf.Kom. § 17 Tz. 53; Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S. 281; Belke, ZHR 1974,439; Benisch, WuW 74,804;

66) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.43;

Wie der BGH in der Großgebilde IV - Entscheidung⁶⁷⁾ ausgeführt hat, kommt es entscheidend auf das Spannungsverhältnis zwischen dem hypothetischen Marktpreis einerseits und dem gebundenen bzw. empfohlenen Preis andererseits an, ohne daß demgegenüber eine Berufung auf die Selbstkosten oder die Angemessenheit der Handelsspanne durchgreift. Auch Benisch hat an anderer Stelle⁶⁸⁾ die Meinung vertreten, daß es dem Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wohl am besten entspreche, wenn für die Beurteilung, ob ein Preis mißbräuchlich überhöht ist, von einem Marktvergleich ausgegangen wird, da die Vergleichsbasis des hypothetischen Marktpreises wettbewerbskonformer ist als der Selbstkostenpreis⁶⁹⁾. Kosten- und Gewinn Gesichtspunkte können demnach für die Beurteilung einer mißbräuchlichen Preisüberhöhung im Sinne von § 38a Abs.3 Nr. 1 nicht entscheidend, sondern lediglich als Indiz von Bedeutung sein⁷⁰⁾. Dies folgt schon aus der Überlegung, daß sich der Kostenpreis wegen der unterschiedlichen Kostenstruktur der Handelsbetriebe nach dem kostengünstigsten Unternehmen ausrichten müßte. Dies widerspräche jedoch dem Wettbewerbsprinzip des GWB, das kostengünstige Betriebe zur Rationalisierung oder zum Ausscheiden vom Markt zwingen soll⁷¹⁾. Insofern ist es nicht richtig, wenn Benisch in der zitierten Stelle im Gemeinschaftskommentar⁷²⁾ entscheidend auf Kosten Gesichtspunkte abstellt. Zwar wird bei einer gewissenhaften Kalkulation unter Berücksichtigung der Vertriebskosten, eines angemessenen Gemeinkostenzuschlags und eines branchendurchschnittlichen Gewinns dem Empfehlenden regelmäßig kein subjektiver Mondpreisvorwurf im Sinne von § 38a Abs.1 Nr.2 gemacht werden können. Im Rahmen der

67) BGH, WuW/E 857;

68) Benisch, WuW 74,802;

69) Benisch, WuW 74,805;

70) Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.282;

71) Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.283;

72) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.43;

Mißbrauchsaufsicht des § 38a Abs.3 Nr.1 ist jedoch ausschließlich der objektive Vergleich mit dem hypothetischen Marktpreis entscheidend, der unter Umständen und nicht nur im Fall der, durch die Preisempfehlung selbst induzierten Preisunterbietungen nicht ganz kostendeckend zu sein braucht. Nur das Abstellen auf den hypothetischen Marktpreis kann gewährleisten, daß bei der Kalkulation der Preisempfehlung ein eventueller, durch starken Wettbewerb auf der Handelsstufe bedingter Druck auf die Handelskosten angemessen berücksichtigt wird und die Handelskosten nicht auf unbestimmte Zeit festgeschrieben werden.

ee) Das Sonderproblem des gespaltenen Vertriebs

Um einen besonderen Fall des Spannenvergleichs mit einer Vergleichsware handelt es sich im Fall des gespaltenen Vertriebs. Dieser kann grundsätzlich in zwei verschiedenen Formen auftreten. Einmal kann ein -und dieselbe Markenware mit unterschiedlich hoch angesetzten Preisempfehlungen vertrieben werden (1). Zum anderen kann dieselbe Ware einerseits als preisempfohlene Markenware und andererseits ohne oder unter anderer Marke erheblich billiger vertrieben werden (2)⁷³⁾.

(1) Werden für bestimmte Absatzräume oder bestimmte Abnehmergruppen zu gleicher Zeit unterschiedlich hohe Preise empfohlen, so verstößt dies einerseits gegen die oben besprochene notwendige Bestimmtheit des empfohlenen Preises. Nur dann, wenn sich die Preisempfehlung an dem hypothetischen Marktpreis des Gesamtmarktes⁷⁴⁾ ausrichtet, kann die Preisempfehlung dem Verbraucher Aufschlüsse über die geschäftstypische

73) zu Wesen und Zweck der Preisspaltung vgl. Frankf.Kom. § 17 Rn.41 f.;

74) zu berücksichtigen ist jedoch nur der (hypothetische) Marktpreis, der sich innerhalb des Geltungsbereichs des GWB bilden würde. So Frankf.Kom. § 17 Tz.51; Benisch, WuW 74,811; a.A. Belke, ZHR 1974,442, Fn.99;

Kalkulation des einzelnen Händlers vermitteln. Andererseits ist eine derartige Preisstellung in der Regel geeignet, die Ware zu verteuern, zumindest dann, wenn der höher empfohlene Preis "erheblich" ⁷⁵⁾ über dem niedriger empfohlenen Preis liegt ⁷⁶⁾. Passen die Händler ihre Abgabepreise den niedrigeren empfohlenen Preisen an, so entfällt keineswegs - wie Benisch meint ⁷⁷⁾ - die Eignung zur Vertauung, sondern nur der tatsächliche Eintritt der Vertauung. Lediglich bei einer Anpassung der Preisempfehlung an veränderte Marktumstände ist ein zeitweiliges Zusammentreffen von unterschiedlichen Preisempfehlungen zulässig. Eine gewisse Ausnahme stellen allerdings zeitlich befristete Sonderangebotspreise dar, die auch vom Hersteller ausgezeichnet werden dürfen ⁷⁸⁾, ohne daß sich daraus in jedem Falle auf eine Überhöhung des empfohlenen Preises schließen läßt ⁷⁹⁾.

(2) Wird die empfohlene Ware auch unter einer anderen Marke oder markenfrei zu niedrigeren Preisen angeboten, so läßt dies nicht unbedingt den Schluß zu, daß der empfohlene Preis überhöht

75) Müller-Gries-Giessler § 17 Rn. 22; Christl, BB 60,302;

76) vgl. BKartA, WuW 71,711 "Colgate"; Belke, ZHR 1974,441;

77) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 44;

78) Merkblatt des BKartA, FIW 71 S. 121 (II 4)

79) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 44; Empfiehlt der Hersteller, in Abweichung von seinem normalen empfohlenen Preis, einen niedrigeren Sonderangebotspreis, so stellt sich die Frage, ob dadurch sein normaler empfohlener Preis nicht als Marktpreis unglaubwürdig wird, weil sich der Empfehlende zu seinem eigenen empfohlenen Preis in Widerspruch setzt (Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 60 und WuW 67, 138). Zwar können derartige Sonderangebotsaktionen als Einführungspreis- oder Kampfpreisaktionen des Herstellers zulässig sein. Allerdings wird man eine zeitliche Grenze setzen müssen, die nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen ist, damit die "Normalpreisempfehlung" keine verteuende oder gar täuschende Wirkungen entfalten kann. Vgl. Kazmeyer, FIW 71 S.834

sein muß⁸⁰⁾. Es ist insbesondere die unterschiedliche Wertschätzung, die die Verbraucher den äußerlich unterschiedlichen Waren entgegenbringen, zu berücksichtigen, wobei das Vertrauen auf gleichbleibende Güte, Zuverlässigkeit, Überall - Erhältlichkeit, Image und sonstige Formen des Good-Will des Erzeugnisses eine wesentliche Rolle spielen können. Ebenso sind auch Unterschiede hinsichtlich der von den verschiedenen Geschäftstypen erbrachten Handelsleistungen in Rechnung zu stellen. Wird die empfohlene Markenware über den Fachhandel abgesetzt, während die markenlose Ware über Billigpreis-Geschäfte vertrieben wird, so müssen auch Unterschiede in den Handelsleistungen im Preis berücksichtigt werden⁸¹⁾. Ergibt sich trotz Berücksichtigung dieser Unterschiede, daß der empfohlene Preis den Preis der Waren, die ohne Marke oder unter anderer Marke verkauft werden, erheblich übersteigt, so ist die Eignung zur Verteuerung zu bejahen⁸²⁾. Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit der bisherigen Rechtslage, wonach gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 a.F. bei gespaltenem Vertrieb die widerlegliche⁸³⁾ Vermutung galt, daß eine nicht durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigte Verteuerung vorlag.

(3) Kein Fall der Preisspaltung und grundsätzlich auch kein Mißbrauch der Preisempfehlung ist dann gegeben, wenn der Empfehlende ein und dieselbe Ware teils mit, teils ohne Preisempfehlung anbietet. Zu denken ist hier an Fälle, in denen der Empfehlende von Preisangaben für bestimmte Absatzbereiche, Abnehmer oder Abnehmergruppen absieht, weil seine empfohlenen Preise in diesen

80) Ebenso Frankf.Kom. § 17 Tz. 44 unter Hinweis auf die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKartA 1959 auszugsweise abgedruckt in BB 60,499;

81) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 44 S. 110;

82) im Ergebnis ebenso Kazmeyer, FiW 66 S.103; Belke, ZHR 1974,441;

83) Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.23;

Fällen erfahrungsgemäß ohnehin nicht beachtet oder zu unlauterer oder unseriöser Werbung mißbraucht werden, oder weil einige Händler ausdrücklich nicht-preisempfohlene Waren wünschen⁸⁴⁾. Sofern die Händler frei wählen können, ob sie Waren mit oder ohne Preisempfehlung erhalten wollen, ist eine wettbewerbliche Benachteiligung der einen oder anderen Abnehmergruppe nicht ersichtlich⁸⁴⁾. Auch die Verbraucher werden durch den teilweisen Verzicht auf die Preisempfehlung nicht schlechter gestellt, als sie bei Nettopreisbildung ohnehin stünden. Auch aus dem Blickwinkel der Markttransparenz kann eine Mißbräuchlichkeit der lückenhaften Einführung der Preisempfehlung nicht bejaht werden. Im Gegenteil, dadurch daß die preisempfohlenen Waren in der Regel nur an solche Händler geliefert werden, deren eigene Kalkulation sich weitgehend mit der Kalkulation der Preisempfehlung deckt, wird die relative Zahl der Abweichungen von der Preisempfehlung verringert und dadurch die Markttransparenz für den Bereich der preisempfohlenen Waren erhöht⁸⁵⁾. Es widerspräche der Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das vom Grundsatz der freien, nicht vertikal beeinflussten Preisbildung ausgeht und Preisempfehlungen nur in Ausnahmefällen zuläßt, wenn man den Empfehlenden nur deshalb, weil er für einen Teil seiner Waren Preisempfehlungen ausgesprochen hat, zwingen wollte, nun auch für den restlichen Teil Preisempfehlungen auszusprechen, obwohl er unter Umständen vorhersehen kann, daß diese Preisempfehlungen gar nicht eingehalten werden, und somit ihrerseits mißbrauchsbegründend wirken könnten.

84) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 56; derselbe, WuW 67,136;

85) a.A. BKartA Tb. 1975, BT-Drucksache, 7/5390 S.68;

Die nur teilweise Einführung der Preisempfehlung ist allerdings dann mißbräuchlich, wenn die nicht-preisempfohlenen Waren zu Preisen verkauft werden, die erheblich unter dem empfohlenen Preis liegen⁸⁶⁾. In diesem Fall wäre die Eignung der Preisempfehlung zur ungerechtfertigten Verteuerung der Ware (§ 38a Abs. 3 Nr. 1) offensichtlich, da es sich um identische Waren handelt, die also ohne weiteres miteinander verglichen werden können.

Werden hingegen die nicht-preisempfohlenen Waren zu Preisen verkauft, die über dem empfohlenen Preis liegen, so wirkt die Preisempfehlung für die preisempfohlenen Waren eher preisbegrenzend, auf jeden Fall jedoch nicht mißbräuchlich. Derartige nur teilweise eingeführte Preisempfehlungen können wirtschaftlich zum Beispiel dann sinnvoll sein, wenn der Empfehlende sich gezwungen sieht, seine Waren über sehr unterschiedlich strukturierte Handelstypen abzusetzen. In diesem Fall muß der Empfehlende - wie oben ausgeführt - die Preisempfehlung entsprechend den Handelsleistungen und Kalkulationsmöglichkeiten derjenigen Händler kalkulieren, über die der Hauptanteil des Absatzes abgewickelt wird. Diejenigen Händler, die, wie zum Beispiel die Fachhändler, entsprechend ihrer Marketing-Konzeption ihren Kunden überdurchschnittlich hohe Handelsleistungen anbieten und deshalb in der Regel zu höheren als den durchschnittlichen Marktpreisen anbieten müssen, könnte der Empfehlende mit Waren beliefern, die nicht mit Verbraucherpreisempfehlungen versehen sind. Auf diese Weise wird einerseits den Fachhändlern die Möglichkeit gegeben, kostendeckende Preise zu verlangen, die gegebenenfalls auch über dem Empfehlungsniveau liegen können, ohne daß ihre Kunden durch den Preisvergleich mit der niedriger kalkulierten Preisempfehlung

86) Benisch, Gem.Kon. § 38a Rn. 56;

irritiert werden. Andererseits entfällt damit für den Empfehlenden die Notwendigkeit, die Preisempfehlung so hoch wie gerade noch zulässig anzusetzen, damit nicht die kostenintensiveren Geschäftstypen wegen unzureichender Spannen vom Vertrieb ausgeschlossen werden, so daß insgesamt durch die Zulassung derartiger, nur teilweise eingeführter Preisempfehlungen mißbräuchliche Überhöhungen der Preisempfehlungen verringert werden können.

c) Vergleich mit der durchschnittlichen Betriebs-
handelsspanne für den Verkauf anderer Waren

Als dritte Möglichkeit, den hypothetischen Marktpreis der preisempfohlenen Ware zu bestimmen, bietet es sich an, die empfohlene Handelsspanne mit der durchschnittlichen Betriebshandelsspanne der betreffenden Handelsbranche zu vergleichen. Insbesondere dann, wenn auch bei gleichartigen Konkurrenzwaren überhöhte Spannen branchenüblich sind⁸⁷⁾, muß auf diesen übergreifenden Beurteilungsmaßstab zurückgegriffen werden, da sonst der Mißbrauch des einzelnen Unternehmens am Mißbrauch der gesamten Branche gemessen würde⁸⁸⁾. Zu berücksichtigen sind allerdings eventuelle Besonderheiten des Verkaufs der preisempfohlenen Ware im Vergleich zu dem durchschnittlichen Verkaufsfall in der betreffenden Branche.

aa) Handelsleistungen und Umschlagsgeschwindigkeit

In erster Linie sind Unterschiede hinsichtlich der zu erbringenden Handelsleistungen zu berücksichtigen. Handelt es sich bei der empfohlenen Ware um einen besonders service-intensiven Artikel, bei dem der Händler überdurchschnittlich hohe Handelsleistungen zu erbringen hat, z. B. besondere Beratung, Vorführung, Kundendienst, Händlergarantie, Er-

87) vgl. BKartA, WuW/E 1551 "Brot-Industrie";

88) BKartA, WuW/E 1548; zum Spannenvergleich auch BKartA WuW/E 1559;

satzteil - und Reparaturdienst usw., so kann eine höhere als die durchschnittliche Betriebs-handelsspanne durchaus gerechtfertigt sein. Ist die empfohlene Ware hingegen ein problemloser Mitgehartikel, für den keine Beratung oder besondere Dienstleistungen notwendig sind, wird eine unterdurchschnittliche Handelsspanne angemessen sein⁸⁹⁾. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Tatsache, daß bei hoher Umschlagsgeschwindigkeit bereits niedrigere Handelsspannen ausreichen, um den Händlern einen angemessenen Gewinn zu garantieren.

bb) Welche Betriebshandelsspanne ist maßgeblich?

Da die Handelsspannen bei den einzelnen Artikeln im Sortiment des Händlers beträchtlich schwanken können, zum Beispiel im Lebensmitteleinzelhandel zwischen 10 und 65 %⁹¹⁾ und sich auch innerhalb des Sortiments einer Branche unterschiedliche Spanenschwerpunkte abzeichnen können⁹²⁾, kommt es darauf an, den Kreis der in Vergleich zu ziehenden Waren möglichst eng zu begrenzen. Nach Möglichkeit sind die durchschnittlichen, branchenüblichen Spannen derjenigen Warengruppe zu wählen, die der zu beurteilenden Ware am ehesten entspricht⁹³⁾. Vor allem ist aber darauf zu achten, daß die durchschnittliche Betriebshandelsspanne desjenigen Geschäftstyps zum Vergleich herangezogen wird, über den der Hauptanteil des Absatzes abgewickelt wird. So kann beispiels-

89) vergl. BKartA, WuW/E 1321, 1547;

90) vergl. Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn. 49 S. 34;

91) BGH, WuW/E 978;

92) so weist das BKartA (WuW/E 1551) darauf hin, daß im Lebensmitteleinzelhandel z.B. die durchschnittliche Handelsspanne für das Teilsortiment "Nahrungsmittel" beträchtlich unter der durchschnittlichen Handelsspanne für sog. Non-Food-Artikel (z.B. Körperpflegemittel, Putz- und Waschmittel, Kosmetik usw.) liegt, so daß letztere nicht unwesentlich zur Erhöhung der durchschnittlichen Gesamthandelsspanne im Lebensmitteleinzelhandel beitragen.

93) BGH, WuW/E 978;

weise die Spannenhöhe zwar im Verhältnis zum Fachhandel nicht zu beanstanden sein, wohl aber im Verhältnis zu Nicht-Fachgeschäften, die regelmäßig mit einer niedrigeren Handelsspanne auskommen⁹⁴⁾. Wird nun der überwiegende Teil des Gesamtabsatzes über Nicht-Fachgeschäfte abgewickelt, so ist eine Eignung zur Verteuerung dann zu bejahen, wenn sich die empfohlene Handelsspanne gleichwohl an der durchschnittlichen Handelsspanne der Fachhandelsgeschäfte ausrichtet⁹⁵⁾. In diesem Fall würde in so breitem Umfang für die geringere Handelsleistung der Nicht-Fachgeschäfte ein unverhältnismäßig hoher Teil des empfohlenen Verkaufspreises zugunsten des Vertriebs und zu Lasten des Verbrauchers einkalkuliert, daß auch das Interesse des Herstellers an einem umfassenden Vertrieb seiner Waren über alle verfügbaren Vertriebswege (Überall-Erhältlichkeit) es nicht rechtfertigen kann, daß die Handelsspanne entsprechend den Bedürfnissen einer Minderheit unter den Absatzträgern, erheblich überhöht angesetzt wird. Insbesondere bei problemlosen Artikeln, bei denen Beratung und besondere Leistungen des Fachhandels nicht mehr den Bedürfnissen der Verbraucher entsprechen⁹⁶⁾, was sich schon allein aus der Tatsache ergibt, daß ein großer Teil der Verbraucher diese Waren nicht mehr beim Fachhandel einkauft, muß sich die Preisempfehlung an der niedrigeren Handelsspanne des Nicht-Fachhandels orientieren.⁹⁷⁾ Zur Prüfung, ob eine verteuernde Überhöhung des empfohlenen Preises vorliegt, muß demnach in derartigen Fällen die durchschnittliche Handelsspanne des Nicht-Fachhandels herangezogen werden.

94) Belke, ZHR 1974,440;

95) in diesem Sinne auch BGH, WuW/E 975 "Zahncreme"; BKartA, WuW/E 1321 "Mariacron"; BKartA WuW/E 1223 "nur die";

96) BGH, WuW/E 976;

97) Belke, ZHR 1974,441;

cc) Das Problem der Mischkalkulation

Ein weiteres Problem, das beim Vergleich der empfohlenen Spanne mit der durchschnittlichen Betriebshandelsspanne auftreten kann, ist in der mitunter häufig anzutreffenden Mischkalkulation zu sehen⁹⁸⁾. Durch diese kann die handelsübliche, durchschnittliche Handelsspanne eines bestimmten Artikels unter, aber auch über dem Durchschnittswert der Betriebshandelsspanne in der betreffenden Branche liegen⁹⁹⁾. Wird eine über dem Durchschnitt liegende Handelsspanne deshalb benötigt, weil wegen geringer Umschlagsgeschwindigkeit und hoher Vertriebskosten ansonsten ein angemessener Ertrag nicht erzielt werden kann, so ist eine überdurchschnittliche Handelsspanne in diesem Fall kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Wenn allerdings der Handel einen Teil der Spanne im Wege der Mischkalkulation zum Ausgleich geringerer Deckungsbeiträge anderer Waren verwendet, so kann dies eine überdurchschnittliche Handelsspanne nicht rechtfertigen¹⁰⁰⁾. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die unverbindliche Preisempfehlung dem Verbraucher als Orientierungsdatum dienen, mit deren Hilfe ihm die Beurteilung der jeweiligen Angebote der einzelnen Händler erleichtert werden soll. Würden jedoch in der Handelsspanne des empfohlenen Artikels auch Deckungsbeiträge für andere Waren mitberücksichtigt, so würde dies für die Verbraucher zu einer völligen preislichen Intransparenz führen. Die Händler könnten entsprechend ihrer preispolitischen Einstellung auch dann den

98) auf dieses Problem hat der BGH auch in der Zahncreme-Entscheidung (BGH, WuW/E 978) hingewiesen.

99) BKartA, WuW/E 1548;

100) KG, WuW/E OLG 1561 "Brotindustrie"; ebenso BKartA WuW/E 1552; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 43;

vollen empfohlenen Preis verlangen, wenn sie bei anderen Waren gar keine entsprechend niedrigere Kalkulation vornehmen, ohne daß dies der Verbraucher in irgendeiner Weise kontrollieren könnte. Auch bei einer Unterbietung der Preisempfehlung wäre es den Verbrauchern nicht möglich, festzustellen, ob diese erfolgt, weil die Händler besonders knapp kalkulieren oder weil sie lediglich auf die, ihnen eingeräumte Möglichkeit zur Mischkalkulation verzichten. Insofern darf weder die empfohlene Handelsspanne, noch die zum Vergleich herangezogene handelsübliche Handelsspanne kalkulatorische Deckungsbeiträge für andere Waren enthalten.

d) Überprüfung der Abgabepreise des Empfehlenden

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Mißbrauchs- kontrolle des § 38a Abs.3 Nr.1 zu prüfen, ob die Preisempfehlung geeignet ist, die Ware in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise zu verteuern. Es stellt sich nun die Frage, ob das Bundeskartellamt insofern auch berechtigt bzw. verpflichtet ist, die Angemessenheit der Abgabepreise des Empfehlenden zu überprüfen. Unter der Geltung des § 17 a.F. hat das Bundeskartellamt wiederholt die Höhe der Abgabepreise von Preisbindern auf mißbräuchliche Vertéuerung hin überprüft¹⁾. In der Literatur ist diese Frage jedoch äußerst umstritten²⁾.

aa) Überprüfung der absoluten Höhe

Hält man sich vor Augen, daß ein Mißbrauchs- eingriff nach § 38a Abs.3 Nr.1 nur dann ge-

- 1) BKartA, WuW/E 826 "Doornkaat"; BKartA, WuW/E 870 "Großgebäude II";
- 2) Dafür sprechen sich aus: Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.26; Ulmer-Reimer, aaO. Nr.965; Christl, WRP 62,352; Jacob-Steinorth, WRP 62,322; dagegen: Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn.50; Frankf.Kom. § 17 Rn.47; Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.271; Jacobi, BB 61,356; Röper, MA 64,709; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.45;

rechtfertigt ist, wenn die Preisempfehlung als geeignet erscheint, für eine Verteuerung der Ware zumindest "mitursächlich" zu sein und berücksichtigt man ferner, daß das Bundeskartellamt im Falle des Mißbrauchseingriffs lediglich die Preisempfehlung untersagen, nicht aber Maßnahmen gegen eine eventuelle Überhöhung der Abgabepreise des Empfehlenden treffen kann, so ergibt sich, daß eine Überprüfung der absoluten Höhe der Abgabepreise des Empfehlenden im Rahmen des § 38a Abs.3 Nr. 1 dem Sinn und Zweck des Gesetzes widerspräche und somit nicht statthaft sein kann. Auch das von Jacob-Steinorth³⁾ für vertikale Preisbindungen vorgebrachte Argument, daß vielfach in Preisbindungsfällen der normale Druck des Handels auf den Abgabepreis des Lieferanten fehle oder beschränkt werde, greift zumindest bei vertikalen Preisempfehlungen nicht durch. Angesichts der Unverbindlichkeit der vertikalen Preisempfehlungen kann sich auf der Stufe der Wiederverkäufer durchaus lebhafter Preiswettbewerb entwickeln, der dann gegebenenfalls als Druck auf die Abgabepreise weitergegeben werden kann. Durch das Vorliegen von Preisempfehlungen wird demnach der von den Händlern auf die Vorlieferanten ausgeübte Druck nicht nennenswert vermindert. Entscheidend ist vielmehr das preispolitische Verhalten der Händler und das Kräfteverhältnis zwischen Händlern und Lieferanten (Problem der Nachfrage-macht). In gewisser Weise zeigt dies auch der Brotindustrie-Fall⁴⁾, in dem marktstarke Abnehmer trotz Preisempfehlung starken Druck auf die Hersteller ausgeübt haben, die Handels-spanne auszuweiten, was einerseits durch Erhöhung des empfohlenen Preises, andererseits

3) Jacob-Steinorth, WRP 62,322;

4) BKartA, WuW/E 1551 (c); dazu Benisch, GRUR 75,53 r.Sp.

aber auch durch Senkung der Abgabepreise erfolgen kann. Wenn also die Intensität des Drucks auf die Abgabepreise des Empfehlenden in erster Linie durch das Kräfteverhältnis zwischen Empfehlendem und Abnehmern bestimmt wird und durch die Existenz von Preisempfehlungen nicht nennenswert gemindert wird, kann nicht behauptet werden, daß die Preisempfehlung entscheidend zum Schutz des Herstellerpreises beiträgt, bzw. daß zwischen einem hohen Abgabepreis und der Preisempfehlung ein innerer Zusammenhang besteht⁵⁾. Da aber die Kontrollbefugnis des Bundeskartellamts nach § 38a Abs.3 Nr. 1 nur soweit reicht, wie unter dem Schutz der Preisempfehlung von den, bei freier Kalkulation erzielbaren Preisen abgewichen wird, darf die absolute Höhe der Abgabepreise vom Bundeskartellamt aufgrund des § 38a Abs.3 Nr.1 nicht kontrolliert werden. Sie ist nur dann angreifbar, wenn der Empfehlende eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 22 besitzt.⁶⁾

bb) Überprüfung der relativen Höhe - interne Spannendiskriminierungen

Wenn der Empfehlende seinen Abnehmern unterschiedliche Rabatte gewährt, bzw. unterschiedliche Spannen einräumt, so differenziert er - bei gleichem empfohlenen Preis - seine eigenen Abgabepreise. Fraglich ist, ob das Bundeskartellamt befugt ist, die Abgabepreise des Empfehlenden in ihrer relativen Höhe zu überprüfen.

(1) Dies kann einmal unter dem Gesichtspunkt der Eignung zur Verteuerung erfolgen. Räumt der Empfehlende einigen bevorzugten Händlern oder Händlergruppen überhöhte Handelsspannen

5) vgl. aber Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.26;
6) so auch Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.45;

ein, so scheitert die Anwendbarkeit des § 38a Abs.3 Nr.1 nicht schon daran, daß es den Händlern - im Gegensatz zur Lage bei Preisbindung⁷⁾ - wegen der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung durchaus möglich ist, die erlangten Preisvorteile gegebenenfalls als Preisnachlässe an ihre Kunden weiterzugeben. Für die Anwendbarkeit des § 38 a Abs.3 Nr.1 genügt - wie dargelegt - bereits die "Eignung zur Verteuerung", die immer dann gegeben ist, wenn die eingeräumte Gesamthandelsspanne überhöht ist⁸⁾. Für die Feststellung der Eignung zur Verteuerung ist jedoch ein interner Vergleich zwischen den unterschiedlich hohen Handelsspannen nicht geeignet. Es kann dadurch zwar unter Umständen festgestellt werden, daß zwischen den jeweils erbrachten Handelsleistungen und den eingeräumten Handelsspannen ein gewisses Mißverhältnis besteht⁹⁾. Dies gilt insbesondere dann, wenn z.B. einzelnen nachfragestarken Abnehmern durch Kumulierung von Funktions-, Mengen-, Natural-, und sonstigen Rabatten¹⁰⁾ insgesamt stark überhöhte Gesamthandelsspannen gewährt werden. Die allein entscheidende Feststellung der Eignung zur Verteuerung kann allerdings erst dadurch erfolgen, daß die festgestellten Gesamthandelsspannen auf irgendeine Weise mit den hypothetischen, ohne Preisempfehlung am Markt erziel-

7) vgl. BKartA, WuW/E 824,1432; BGH, WuW/E 975;

8) siehe oben S. 157 der Diss.; ebenso BKartA, WuW/E 1242; BGH, WuW/E 975;

9) zum Beispiel BKartA, WuW/E 824,1432;

10) BGH, WuW/E 977;

baren Spannen verglichen werden¹¹⁾. Allein aufgrund eines internen Vergleichs der in unterschiedlicher Höhe eingeräumten Handels-spannen kann die Eignung zur Verteuerung noch nicht bejaht werden, zumal dem Empfehlenden ein erheblicher Ermessensspielraum für die Bewertung der Unterschiede in der Handelsleistung eingeräumt werden muß.¹²⁾

(2) Ein Mißbrauch bei der Festsetzung unterschiedlicher Rabattsätze könnte allerdings darin gesehen werden, daß der Empfehlende gleichartige Abnehmer ohne gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt. Voraussetzung wäre jedoch, daß das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 auch auf Preisempfehlende anwendbar ist. Soweit der Empfehlende zugleich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 22 einnimmt, ist diese Voraussetzung sicherlich erfüllt. Ist der Empfehlende jedoch kein marktbeherrschendes Unternehmen, so kann er allein wegen seiner Eigenschaft als Preisempfehlender nicht einem marktbeherrschenden oder preisbindenden Unternehmen gleichgestellt werden¹³⁾. Dem steht schon das strafrechtliche

11) einen derartigen Vergleich hat das Bundeskartellamt auch bisher angestellt z.B. im Doornkaat-Fall (BKartA, WuW/E 826) Vergleich mit der Handelsspanne von rund 20% für die anderen Erzeugnisse der Preisbinderin, oder im Beschluß des BKartA vom 21.2.72 (WuW/E 1432) wo festgestellt wurde, daß die eingeräumte Handelsspanne in der Skala der vorkommenden Spannenhöhen eine Spitzenstellung eingenommen hat.

12) KG, WuW/E OLG 1581;

13) wie hier: Benisch, WuW 67,138; ders., Gem.Kom. § 26 Abs.2 Rn.15; Frankf.Kom. § 26 Tz.56; Langen, § 26 Rn.18; Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn.61, Völp, WRP 65,346; a.A. Kartte, WuW 62,250;

Analogieverbot des Artikel 103 Abs.2 GG entgegen. Diese Auffassung war schon bisher herrschende Meinung. Sie ist in der Novelle 73 durch die Schaffung des § 38a Abs.3 Nr.4, der lediglich eine bestimmte Diskriminierungsform als Mißbrauch erklärt, indirekt bestätigt worden¹⁴⁾. Da der Gesetzgeber Rabattdiskriminierungen nicht wie die Sperrdiskriminierung des § 38a Abs.3 Nr.4 zu einem eigenen Mißbrauchstatbestand erklärt hat und andererseits sich gerade aus dem neugeschaffenen § 38a Abs.3 Nr. 4 ergibt, daß das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 auf Preisempfehlungen nicht anwendbar ist, können Rabattdiskriminierungen auch nicht als "sonstiger Mißbrauch" im Sinne des § 38a Abs.3 Satz 1 aufgefaßt werden¹⁵⁾. Der Gesetzgeber trägt damit der Überlegung Rechnung, daß es praktisch unmöglich ist, objektiv zu entscheiden, wie hoch die Abnahme- und vertriebsleistungen der jeweiligen Abnehmer zu bewerten sind. Solche unternehmerischen Entscheidungen, bei denen man dem Empfehlenden einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen muß, können deshalb nicht durch die Gerichte oder Kartellbehörden ersetzt werden¹⁶⁾, ohne an den Prinzipien der freien Marktwirtschaft zu rütteln.

4) Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse

Durch das Kriterium der "gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung" weist das Gesetz darauf hin, daß bei der Prüfung der Eignung zur Verteuerung auch

14) Belke, ZHR 1974,445;

15) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.61; a.A. Belke, ZHR 1974,446 f.;

16) Benisch, Gem.Kom. § 26 Abs.2 Rn. 39;

die besonderen Umstände des Einzelfalls in ihrem gesamten wirtschaftlichen Zusammenhang zu berücksichtigen sind¹⁷⁾. Hierbei sind die Interessen der Hersteller, Wiederverkäufer und Endverbraucher gegeneinander abzuwägen, wobei als Abwägungsmaßstab nicht ein, wie auch immer definiertes, möglicherweise sogar ökonomisch vernünftiges Anliegen bestimmter Gruppen dienen kann, sondern vielmehr das Allgemeininteresse zu stehen hat¹⁸⁾. Nur dann, wenn die Preisempfehlung nicht nur den Belangen des Empfehlenden und seiner Abnehmer, sondern auch der wirtschaftlichen Situation in dem umfassenden Teilbereich der Wirtschaft, der durch die Herstellung und den Vertrieb der betreffenden Güter gekennzeichnet ist, Rechnung trägt¹⁹⁾, kann die Preisempfehlung als gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden. Bei der Prüfung der "gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung" sind demnach nicht nur Entlastungsgründe für eine gewisse, durch die Preisempfehlung bedingte Verteuerung heranzuziehen, sondern es ist eine umfassende Wertung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht vorzunehmen, bei der gegebenenfalls auch belastende Kriterien mitberücksichtigt werden müssen.

Ist beispielsweise die empfohlene Ware von besonderer Bedeutung für die Konsumenten, wie zum Beispiel wichtige Grundnahrungsmittel oder ständig benötigte Verbrauchsgüter, so fällt eine geringfügige, durch die Preisempfehlung bedingte Verteuerung stärker ins Gewicht als bei sporadisch benötigten Waren²⁰⁾. Auch Gesichtspunkte der Währungsstabilität und der Bekämpfung des Preisauftriebs sind zu berücksichtigen. So sind verteuernde Tendenzen als umso schwerwiegen-

17) BGH, WuW/E 975; KG, WuW/E OLG 1597;

18) BKartA, WuW/E 1551 (b);

19) BKartA, WuW/E 1551 (a); BGH, WuW/E 907;

20) BKartA, WuW/E 1552;

der anzusehen, je kritischer die währungspolitische Lage ist²¹⁾. Schließlich ist auch der Umfang, in dem sich die Preisempfehlung am Markt verteuernd auswirkt, in die gesamtwirtschaftliche Beurteilung miteinzubeziehen. Eine verteuernde Wirkung der Preisempfehlung fällt umso weniger ins Gewicht, je geringer einerseits der Marktanteil des Preisempfehlenden ist²²⁾ und andererseits je geringer der Anteil derjenigen Händler am Gesamtabsatz ist, für die die empfohlene Spanne überhöht ist. Werden jedoch 40 - 50 % des Gesamtabsatzes mit überhöhten Handelsspannen abgesetzt, so kann auch eine ansonsten vertretbare Überhöhung nicht mehr als gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden²³⁾.

Als entlastend und eine gewisse Verteuerung der preisempfohlenen Ware gesamtwirtschaftlich rechtfertigend muß insbesondere in Rechnung gestellt werden, daß es dem Empfehlenden angesichts der in der Regel am Einzelhandelsmarkt anzutreffenden Kalkulationsunterschiede und der daraus resultierenden Preisvielfalt praktisch unmöglich ist, den empfohlenen Preis so anzusetzen, daß er einerseits so niedrig ist, daß er nicht mehr unterboten werden kann, aber andererseits so hoch ist, daß er den absatztragenden Betriebstypen des Handels noch eine angemessene Spanne gewährleistet. Insofern muß eine gewisse, sich nach den Umständen des Einzelfalls richtende Überhöhung des empfohlenen Preises als gesamtwirtschaftlich unbedenklich und gerechtfertigt angesehen werden²⁴⁾. Ebenso ist zu bedenken, daß das Interesse der Endverbraucher zwar in besonderem Maße²⁵⁾, aber nicht ausschließlich auf eine Senkung

21) BKartA, WuW/E 1552; KG, WuW/E OLG 1467 und Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.48, mit dem berechtigten Hinweis, daß die Gefährdung der Währungsstabilität nicht als Dauerargument verwendet werden dürfe.

22) vgl. BKartA, WuW/E 388; Fikentscher in "Wettbewerb als Aufgabe" S. 284;

23) KG, WuW/E OLG 1598 "Dauerbackwaren" unter Bezugnahme auf BGH, WuW/E 975;

24) vgl. oben S.164 f. der Diss. und BGH, WuW/E 629 f.; KG, WuW/E OLG 737,1598;

25) so auch BGH, WuW/E 976 und BKartA, WuW/E 1552;

der Verkaufspreise gerichtet ist. Nicht vernachlässigt werden darf dabei das zugleich bestehende Interesse an einer ausreichend breiten und serviceangemessenen Versorgung durch den Handel. Insofern läge es nicht im wohlverstandenen Interesse der Verbraucher, wenn die empfohlenen Preise jeweils, so niedrig angesetzt werden müßten, daß auf Dauer nur noch Großbetriebe des Handels und Billigpreisgeschäfte eine Überlebenschance hätten²⁶⁾. Auch mit den berechtigten Interessen des Fachhandels läßt es sich nicht vereinbaren, wenn die empfohlenen Preise generell auf einem für den Fachhandel nicht mehr kostendeckenden Niveau oder wie Kazmeyer es ausdrückt, grundsätzlich auf der "unteren Mittellinie" des erzielbaren Preisspektrums angesetzt werden müßten. Entscheidend muß vielmehr sein, daß der empfohlene Preis entsprechend den Kalkulationsmöglichkeiten desjenigen Geschäftstyps festgesetzt wird, über den der Hauptabsatz abgewickelt wird, der also für die empfohlene Ware repräsentativ ist. Auf diese Weise wird auch der vom BGH geforderten²⁷⁾ Rationalisierung und Anpassung der Vertriebswege ausreichend Rechnung getragen, da die Verbraucher durch die Wahl des von ihnen bevorzugten Geschäftstyps einerseits selbst entscheiden können, welchen Service und welches Preisniveau sie für die empfohlene Ware als angemessen erachten und dadurch andererseits selbst bestimmen können, über welchen Geschäftstyp der Hauptabsatz getätigt wird. Voraussetzung ist allerdings, was § 38a Abs 3 Nr.4 sicherstellen will, daß der Absatz der preisempfohlenen Ware nicht nur auf solche Abnehmergruppen beschränkt wird, die dem Empfehlenden Gewähr bieten, daß sie den empfohlenen Preis im wesentlichen einhalten werden. Verlagert sich nun, beispielsweise das Schwergewicht des Absatzes

26) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 48;

27) BGH, WuW/E 976;

einer preisempfohlenen Ware von der Stufe des Fachhandels infolge veränderter Einkaufsgewohnheiten der Verbraucher auf die Stufe des Nicht-Fachhandels²⁸⁾, so ist dann der Zeitpunkt gekommen, um die Preisempfehlung den Kalkulationsmöglichkeiten des nunmehrigen Hauptabsatzträgers anzupassen. In diesem Fall ist eine weitere Rücksichtnahme auf die Belange des Fachhandels gesamtwirtschaftlich nicht mehr zu rechtfertigen, da von ihm erwartet werden muß, daß er sich durch Anpassung seiner Handelsleistungen an die veränderten Verbraucherwünsche oder durch Rationalisierung auf die veränderte Absatzlage einstellt. Äußerstenfalls müssen diejenigen Händler, die glauben mit der nunmehr niedrigeren Handelsspanne nicht auskommen zu können, entweder auf den empfohlenen Artikel, der (preis-)niveaumäßig nicht mehr in ihr Sortiment paßt, verzichten oder versuchen, durch Hervorhebung ihres überdurchschnittlichen Services höhere als die empfohlenen Preise zu erzielen.

II) Mißbrauch durch Verbrauchertäuschung (§ 38a Abs.3 Nr.2)

Ein Mißbrauch nach § 38a Abs.3 Nr. 2 liegt dann vor, wenn

"die Empfehlung geeignet ist, den Verbraucher über den von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis zu täuschen".

Wie aus dem Bericht des Wirtschaftsausschusses²⁹⁾ hervorgeht, richtet sich der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 speziell gegen Mondpreisempfehlungen, bei denen die Eignung der Empfehlung zur Täuschung der Verbraucher erst bei der Handhabung³⁰⁾ der Empfehlung ersichtlich

28) vgl. den Zahncreme-Fall BGH, WuW/E 976 oder den "nur die"-Fall, BKartA, WuW/E 1223;

29) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,596;

30) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.49 S.112 im Anschluß an KG, WuW/E OLG 1594 (oben), das darauf abstellen will, ob der Markt die Preisempfehlung von vornherein wegen ihrer Mondpreiseigenschaft nicht beachte. Ist die Marktinkonformität der Preisempfehlung aber so offensichtlich, so wird in der Regel auch die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 38a Abs.1 Nr. 2 fehlen.

wird. Im Gegensatz zu § 38a Abs. 1 Nr. 2 fordert § 38a Abs. 3 Nr. 2 kein subjektives Bewußtsein der Marktinkonformität, sondern läßt die objektive Eigenschaft zur Verbrauchertäuschung genügen³¹⁾. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß § 38a Abs. 3 Nr. 2 dem Bundeskartellamt lediglich die Möglichkeit bietet, im Wege der Mißbrauchsaufsicht einzuschreiten, während § 38a Abs. 1 Nr. 2 Empfehlungen, die diese Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllen, kraft Gesetzes von der Freistellung ausnimmt³²⁾.

1) Die Täuschung der Verbraucher

Da Preisempfehlungen nur dann kartellrechtlich zulässig sind, wenn sie sich grundsätzlich an den hypothetischen Marktpreisen ausrichten, faßt sie der Verbraucher als normalerweise geforderte, durchschnittliche Marktpreise auf. Wird der empfohlene Preis jedoch erheblich über dem durchschnittlichen, hypothetischen Marktpreis angesetzt, so daß er tatsächlich in erheblichem Maße unterboten wird, so kann er die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Orientierungsfunktion nicht mehr erfüllen. Er bewirkt dann vielmehr, daß die Verbraucher über den normalen, durchschnittlichen Wiederverkaufspreis getäuscht werden.

a) Mitteilung der Preisempfehlung an die Verbraucher

Voraussetzung für eine mögliche Täuschung der Verbraucher ist, daß die Preisempfehlung diesen bekanntgegeben wird. Insofern fallen unter den Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 nur Verbraucherpreisempfehlungen, da bloße Handelspreisempfehlungen den Verbrauchern normalerweise nicht zur Kenntnis gelangen³³⁾. Andererseits ist es für

31) Belke, ZHR 1974, 442; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49;

32) a.A., zumindest mißverständlich Gaedertz, GRUR 74, 605 r.Sp., der auch bei § 38a Abs. 3 Nr. 2 davon spricht, daß die objektiven Mondpreisempfehlungen von der Freistellung von den Empfehlungsverboten ausgenommen sind.

33) so auch Völz, WRP 73, 564 r.Sp., Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

die Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes der Nr. 2 nicht erforderlich, daß der Empfehlende den empfohlenen Preis durch zusätzliche, unlautere Praktiken, wie Belke sie anführt³⁴⁾, (z.B. das Durchstreichen der Preisempfehlung durch den Hersteller selbst oder das Nebeneinanderstellen von Phantasie- und marktgerechtem Preis) als besonderes Werbemittel einsetzt. Es genügt das bloße Aussprechen von Verbraucherpreisempfehlungen, die offensichtlich den tatsächlichen Marktpreis verfehlen³⁵⁾. Wird den Verbrauchern ein überhöht angesetzter, empfohlener Preis bekanntgegeben, so besteht die Täuschung darin, daß durch das Herausstellen des überhöhten, empfohlenen Preises als des "Normalpreises" der Eindruck erweckt wird, als handele es sich bei dem tatsächlich geforderten, niedrigeren Preis um ein besonders preisgünstiges Angebot³⁶⁾. Dabei kommen zwei verschiedene Täuschungskomponenten zum Tragen.

b) Täuschung über das Qualitätsniveau

Zum einen ist zu bedenken, daß manchmal die Qualitätstransparenz relativ gering sein kann, so daß die Verbraucher mangels anderer Kriterien den Preis als Hilfsmaßstab für die Beurteilung der Qualität der preisempfohlenen Ware heranziehen. Der Verbraucher geht also in diesen Fällen von der Annahme aus, daß teuere Waren grundsätzlich besser sind als billige. Täuscht nun der Empfehlende durch eine überhöhte Preisempfehlung einen hohen, normalen Marktpreis vor, so wird der Verbraucher den qualitativen Wert der Ware fälschlicherweise höher einschätzen, als wenn ihm dieselbe Ware von Anfang an zum

34) Belke, ZHR 1974, 443;

35) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49: S. 113;

36) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 396;

üblichen Marktpreis angeboten werden wäre. Wird für diese, scheinbar so hochwertige Ware vom Händler tatsächlich ein wesentlich niedrigerer Preis gefordert, so meint der Verbraucher, ein besonders günstiges Angebot vor sich zu haben, so daß er Konkurrenzangebote, bei denen er keinen derart hohen "Preisnachlaß" erhält, regelmäßig kaum mehr beachtet³⁷⁾. Auf diese Weise kann der Empfehlende einen zwar wettbewerbswidrigen, weil durch Täuschung bedingten, aber unter Umständen erheblichen Mehrabsatz erzielen.

c) Täuschung über die Leistungsfähigkeit des Händlers

Die andere Täuschungskomponente ist darin zu sehen, daß der Verbraucher, der regelmäßig von der Marktkonformität der Preisempfehlung ausgeht, bei Unterbietungen der Preisempfehlung regelmäßig annimmt, daß er das Angebot eines besonders leistungsstarken Händlers vor sich habe, der mit unterdurchschnittlichen Handelsspannen auskommen kann³⁸⁾. Wenn der Händler die Preisempfehlungen mehrerer Waren in dieser Weise unterbiete, kann sogar der Eindruck entstehen, daß sein gesamtes Sortiment derart günstig kalkuliert ist. Da aber der Händler Mondpreisempfehlungen auch dann unterbieten kann, wenn er die preisempfohlene Ware mit durchschnittlicher, handelsüblicher oder gar mit überdurchschnittlicher Handelsspanne anbietet,

37) Es ist eine weithin zu beobachtende Schwäche des Verbrauchers, der für nur wenige Waren exakte Preisvorstellungen hat, daß er auf relative und prozentuale Preisabschläge wesentlich stärker reagiert, als auf eine knappe Kalkulation, bei der von vornherein der niedrigere, effektive Verkaufspreis genannt wird. Insofern ist die Werbung mit Preisunterbietungen, gleichgültig, ob es sich um echte oder nur um "Scheinrabatte" handelt, wirtschaftlich gesehen so erfolgsversprechend.

38) vgl. Völp, WRP 73, 564 r.Sp.;

erweckt er beim Verbraucher die falsche Vorstellung, er würde mit knapperer Handelsspanne auskommen als seine Konkurrenten. Durch diese Täuschung hindert er die Verbraucher durch effektiven Vergleich der Angebote der Konkurrenzhändler und durch Wahrnehmung der jeweils günstigsten Angebote Kontrolle über die Angemessenheit der Handelsspanne auszuüben und kann somit einen wettbewerbswidrigen Vorsprung vor seinen Konkurrenten erzielen.

d) Nur "Eignung" zur Täuschung

Der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 stellt allerdings nicht auf den Erfolg der Täuschung ab, sondern ist bereits dann erfüllt, wenn die überhöhte Preisempfehlung objektiv geeignet ist, die Verbraucher in dem genannten Sinne zu täuschen. Insofern reicht es bereits aus, wenn der Empfehlende Verbraucherpreisempfehlungen ausspricht, die vom Handel offensichtlich nicht angenommen werden³⁹⁾. Da es nur auf die objektive Eignung zur Täuschung ankommt, wird der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 selbst dann erfüllt, wenn es unter den Verbrauchern bereits weitgehend bekannt geworden ist, daß gewisse Preisempfehlungen von der Mehrheit der Händler unterboten werden, ^{da} dennoch ^{muß} davon ausgegangen werden, daß diese überhöhten Preisempfehlungen weiterhin Täuschungen der Verbraucher bewirken können.

2) Der von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger tatsächlich geforderte Preis

Der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 erfaßt jedoch nicht generell alle Preisempfehlungen, die in irgendeiner Weise überhöht sind, und deshalb die Verbraucher täuschen können, sondern greift nur dann ein, wenn die "Mehrheit der Empfehlungsempfänger" den empfohlenen Preis unterbietet.

39) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

a) "Mehrheit" der Empfehlungsempfänger

§ 38a Abs.3 Nr. 2 ist nur erfüllt, wenn die Mehrheit, d.h. mehr als die Hälfte⁴⁰⁾ der, in den Absatz der Ware eingeschalteten Händler einen Preis verlangen, der unter dem empfohlenen Preis liegt. Im Gegensatz zu § 38a Abs.3 Nr.3 darf hier, wie sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes ergibt, nicht mit der Anzahl der Verkaufsfälle gewichtet werden. Entscheidend ist allein die absolute Mehrheit der Empfehlungsempfänger.

Für die Feststellung dieser Mehrheit braucht die Kartellbehörde nicht alle in Betracht kommenden Verkaufsstellen zu untersuchen. Es genügt vielmehr eine repräsentative Auswahl von Einzelhandelsunternehmen, die eine möglichst sichere Hochrechnung erlaubt⁴¹⁾. Trotzdem wird es der Kartellbehörde in der Regel Schwierigkeiten bereiten, nachzuweisen, daß tatsächlich die "Mehrheit" der Empfehlungsempfänger den empfohlenen Preis unterbietet. Aus diesem Grunde hat der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 in der bisherigen Praxis des Bundeskartellamts noch keine Bedeutung erlangt.⁴²⁾ Abgesehen davon steht der Kartellbehörde mit § 38a Abs.3 Nr. 3 eine wesentlich "schärfere Waffe" zur Verfügung, da sie dort nur nachweisen muß, daß die Preisempfehlung in einer Mehrzahl von Fällen - was deutlich weniger als die Hälfte aller Verkaufsfälle ist - unterboten wird, wenn auch in "erheblichem" Umfang.

b) Das Ausmaß der Unterbietung

Aber auch im Rahmen des Mißbrauchstatbestands der Nr. 2 sind geringfügige Abweichungen von dem

40) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

41) KG, WuW/E OLG 1322,1595; Kazmeyer, FiW 66 S. 111 (db);

42) BKartA, Tb. 1975 BT-Drucks. 7/5390 S.25;

empfohlenen Preis nicht zu zählen, weil sie zu einer Täuschung der Verbraucher nicht geeignet sind⁴³⁾. So werden Preisunterbietungen in Höhe des Barzahlungsrabatts von 3 % vom Verbraucher ohnehin nicht als Abweichung von der Preisempfehlung angesehen⁴⁴⁾. Aber auch Unterbietungen bis zu einer Höhe von etwa 7 bis 10 % dürften für den Verbraucher noch keine täuschenden Wirkungen entfalten⁴⁵⁾. Dies ergibt sich schon aus dem Wesen und der Unverbindlichkeit der Empfehlung. Gewisse Abweichungen entsprechen auch durchaus den Erwartungen des Gesetzgebers, dem es gerade darauf ankam, den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe nicht auszuschließen, sondern durch ihn eine verbraucherfreundliche Kalkulation im Handel zu fördern⁴⁶⁾. Auch das Bundeskartellamt hat in der Haushaltsmargarine-Entscheidung festgestellt, daß die Verbraucher heute, nach Aufhebung der Preisbindung daran gewöhnt sind, auch Markenartikel in den einzelnen Verkaufsstätten des Handels zu unterschiedlichen Preisen anzutreffen⁴⁷⁾. Diese Entwicklung wurde nicht zuletzt durch den erforderlichen ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvermerk und das Verbot der Druckausübung gefördert. Hält man sich schließlich vor Augen, daß sich der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 nach dem Willen des Gesetzgebers gegen objektive Mondpreisempfehlungen richten soll⁴⁸⁾, so ergibt sich, daß die erforderlichen Unterbietungen immerhin recht beträchtlich sein müssen, damit man überhaupt von Mondpreisempfehlungen sprechen kann⁴⁸⁾.

⁴³⁾ Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

⁴⁴⁾ vgl. Merkblatt des BKartA, abgedr. in FIW 71 S. 121 (II 4);

⁴⁵⁾ Bericht des Wirtschaftsausschusses WuW 73, 594 f.;

⁴⁶⁾ BKartA, WuW/E 1559;

⁴⁷⁾ Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 596;

⁴⁸⁾ ebenso Benisch, Gem.Kom. § 38 a Rn. 49 S. 113;

Aus diesen Überlegungen folgt ferner, daß die Unterbietungen von gewisser Dauer sein müssen, so daß Sonderangebote und Lockvogelpraktiken außer Betracht zu bleiben haben⁴⁹⁾. Insgesamt kann also gesagt werden, daß die Täuschungsgefahr für den Verbraucher und damit die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 38a Abs.3 Nr.2' umso eher gegeben ist, je größer der Preisunterschied zwischen der Preisempfehlung und dem mehrheitlich geforderten Verkaufspreis ist⁵⁰⁾.

III) Mißbrauch durch überhöhte Preisstellung (§38a Abs.3 Nr.3)

Nach § 38a Abs.3 Nr.3 kann das Bundeskartellamt Markenwarenpreisempfehlungen für unzulässig erklären und neue gleichartige Empfehlungen verbieten, wenn "der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise erheblich übersteigt".

Diese Bestimmung, die dem § 17 Abs.1 Satz 2 a.F. nachgebildet ist, beruht auf der unwiderleglichen Vermutung, daß die Preisempfehlung der Verteuerung zum Nachteil der Verbraucher Vorschub leistet, wenn sie in einer Mehrzahl von Fällen erheblich unterboten wird⁵¹⁾.

Insofern ist der Mißbrauchstatbestand der Nr. 3 lex specialis zu Nr.1⁵²⁾. Wird eine Preisüberhöhung nach Nr.3 bejaht, so liegt in jedem Fall auch eine Verteuerung nach Nr.1 vor.

Im Vergleich zu § 38a Abs.3 Nr.2 hat Nr.3 einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich; zum einen, weil Nr.3 nicht nur Verbraucherpreisempfehlungen, sondern auch Handelspreisempfehlungen erfaßt⁵³⁾, zum anderen, weil Nr.3 bereits dann erfüllt ist, wenn die Preisempfehlung in einer Mehrzahl von Fällen (d.h. deutlich unter der Hälfte aller Fälle) unterboten wird, während die Tatbestandsvoraussetzungen der Nr.2 erst dann vorliegen, wenn die Mehrheit der Empfehlungsempfänger, d.h. mehr

49) Belke, ZHR 1974,442; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.49;

50) Belke, ZHR, 1974,443;

51) siehe Fn.50;

52) ebenso Belke, ZHR 1974,444; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 66;

53) vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,596; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.50; Belke, ZHR 1974,444;

als die Hälfte, die Empfehlung unterbieten und zusätzlich die Eignung zur Täuschung der Verbraucher bejaht werden kann. Hinsichtlich der Intensität der Unterbietung stellt Nr. 3 nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar höhere Anforderungen, da nur "erhebliche" Unterschreitungen maßgeblich sind. In Anbetracht der Tatsache, daß von (objektiven) Mondpreisempfehlungen im Sinne der Nr. 2 ebenfalls nur dann gesprochen werden kann, wenn "erhebliche" Unterschreitungen festgestellt werden können, besteht zwischen dem Mißbrauchstatbestand der Nr.2 und der Nr.3 im Hinblick auf die Intensität der Unterschreitung kein inhaltlicher Unterschied. Insofern ist Belke⁵⁴⁾ zuzustimmen, daß der Täuschungsmißbrauch der Nr.2 einen gesteigerten Mißbrauchsfall von Nr.3 darstellt und somit in allen Mondpreisfällen zugleich auch Nr.3 erfüllt ist⁵⁵⁾, was das Vorgehen gegen Mondpreisempfehlungen für die Kartellbehörde, wegen der leichteren Nachweisbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen der Nr.3, wesentlich erleichtert. Aus diesem Grunde hat das Bundeskartellamt die verschärfte Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen insbesondere auf der Grundlage der Nr.3, zu einem Schwerpunkt seiner Arbeit gemacht und systematisch eine Anzahl von Warengruppen (Körperpflegemittel, Lebensmittel, Spirituosen, Backwaren und Reifen) auf überhöhte Preisempfehlungen untersucht, wobei es bisher mit großem Erfolg überhöhte und täuschende Mondpreisempfehlungen verhindert hat.⁵⁶⁾ Bemerkenswert erscheint hierbei, daß in fast allen Fällen die Unternehmen der Abmahnung (§ 38a Abs.5) des Amtes entsprochen haben und in der Regel zu Nettopreisen übergegangen sind, ohne daß es einer Entscheidung des Amtes bedurfte.⁵⁷⁾

54) Belke, ZHR 1974,444;

55) ebenso Kazmeyer, FIW 66 S.111 (db); a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 66;

56) Belke, ZHR 1974,444 Fn. 107; Kazmeyer, FIW 71 s.81 ff.

57) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 50;

weise die Spannenhöhe zwar im Verhältnis zum Fachhandel nicht zu beanstanden sein, wohl aber im Verhältnis zu Nicht-Fachgeschäften, die regelmäßig mit einer niedrigeren Handelsspanne auskommen⁹⁴⁾. Wird nun der überwiegende Teil des Gesamtabsatzes über Nicht-Fachgeschäfte abgewickelt, so ist eine Eignung zur Verteuerung dann zu bejahen, wenn sich die empfohlene Handelsspanne gleichwohl an der durchschnittlichen Handelsspanne der Fachhandelsgeschäfte ausrichtet⁹⁵⁾. In diesem Fall würde in so breitem Umfang für die geringere Handelsleistung der Nicht-Fachgeschäfte ein unverhältnismäßig hoher Teil des empfohlenen Verkaufspreises zugunsten des Vertriebs und zu Lasten des Verbrauchers einkalkuliert, daß auch das Interesse des Herstellers an einem umfassenden Vertrieb seiner Waren über alle verfügbaren Vertriebswege (Überall-Erhältlichkeit) es nicht rechtfertigen kann, daß die Handelsspanne entsprechend den Bedürfnissen einer Minderheit unter den Absatzträgern, erheblich überhöht angesetzt wird. Insbesondere bei problemlosen Artikeln, bei denen Beratung und besondere Leistungen des Fachhandels nicht mehr den Bedürfnissen der Verbraucher entsprechen⁹⁶⁾, was sich schon allein aus der Tatsache ergibt, daß ein großer Teil der Verbraucher diese Waren nicht mehr beim Fachhandel einkauft, muß sich die Preisempfehlung an der niedrigeren Handelsspanne des Nicht-Fachhandels orientieren,⁹⁷⁾ Zur Prüfung, ob eine verteuernde Überhöhung des empfohlenen Preises vorliegt, muß demnach in derartigen Fällen die durchschnittliche Handelsspanne des Nicht-Fachhandels herangezogen werden.

94) Belke, ZHR 1974,440;

95) in diesem Sinne auch BGH, WuW/E 975 "Zahncreme";
BKartA, WuW/E 1321 "Mariacron"; BKartA WuW/E
1223 "nur die";

96) BGH, WuW/E 976;

97) Belke, ZHR 1974,441;

cc) Das Problem der Mischkalkulation

Ein weiteres Problem, das beim Vergleich der empfohlenen Spanne mit der durchschnittlichen Betriebshandelsspanne auftreten kann, ist in der mitunter häufig anzutreffenden Mischkalkulation zu sehen⁹⁸⁾. Durch diese kann die handelsübliche, durchschnittliche Handelsspanne eines bestimmten Artikels^{unter}, aber auch über dem Durchschnittswert der Betriebshandelsspanne in der betreffenden Branche liegen⁹⁹⁾. Wird eine über dem Durchschnitt liegende Handelsspanne deshalb benötigt, weil wegen geringer Umschlagsgeschwindigkeit und hoher Vertriebskosten ansonsten ein angemessener Ertrag nicht erzielt werden kann, so ist eine überdurchschnittliche Handelsspanne in diesem Fall kartellrechtlich nicht zu beanstanden. Wenn allerdings der Handel einen Teil der Spanne im Wege der Mischkalkulation zum Ausgleich geringerer Deckungsbeiträge anderer Waren verwendet, so kann dies eine überdurchschnittliche Handelsspanne nicht rechtfertigen¹⁰⁰⁾. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die unverbindliche Preisempfehlung dem Verbraucher als Orientierungsdatum dienen, mit deren Hilfe ihm die Beurteilung der jeweiligen Angebote der einzelnen Händler erleichtert werden soll. Würden jedoch in der Handelsspanne des empfohlenen Artikels auch Deckungsbeiträge für andere Waren mitberücksichtigt, so würde dies für die Verbraucher zu einer völligen preislichen Intransparenz führen. Die Händler könnten entsprechend ihrer preispolitischen Einstellung auch dann den

98) auf dieses Problem hat der BGH auch in der Zahncreme-Entscheidung (BGH, WuW/E 978) hingewiesen.

99) BKartA, WuW/E 1548;

100) KG, WuW/E OLG 1561 "Brotindustrie"; ebenso BKartA WuW/E 1552; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 43;

vollen empfohlenen Preis verlangen, wenn sie bei anderen Waren gar keine entsprechend niedrigere Kalkulation vornehmen, ohne daß dies der Verbraucher in irgendeiner Weise kontrollieren könnte. Auch bei einer Unterbietung der Preisempfehlung wäre es den Verbrauchern nicht möglich, festzustellen, ob diese erfolgt, weil die Händler besonders knapp kalkulieren oder weil sie lediglich auf die, ihnen eingeräumte Möglichkeit zur Mischkalkulation verzichten. Insofern darf weder die empfohlene Handelsspanne, noch die zum Vergleich herangezogene handelsübliche Handelsspanne kalkulatorische Deckungsbeiträge für andere Waren enthalten.

d) Überprüfung der Abgabepreise des Empfehlenden

Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Mißbrauchs-kontrolle des § 38a Abs.3 Nr.1 zu prüfen, ob die Preisempfehlung geeignet ist, die Ware in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise zu verteuern. Es stellt sich nun die Frage, ob das Bundeskartellamt insofern auch berechtigt bzw. verpflichtet ist, die Angemessenheit der Abgabepreise des Empfehlenden zu überprüfen. Unter der Geltung des § 17 a.F. hat das Bundeskartellamt wiederholt die Höhe der Abgabepreise von Preisbindern auf mißbräuchliche Vertéuerung hin überprüft¹⁾. In der Literatur ist diese Frage jedoch äußerst umstritten²⁾.

aa) Überprüfung der absoluten Höhe

Hält man sich vor Augen, daß ein Mißbrauchs-eingriff nach § 38a Abs.3 Nr.1 nur dann ge-

- 1) BKartA, WuW/E 826 "Doornkaat"; BKartA, WuW/E 870 "Großgebäude II";
- 2) Dafür sprechen sich aus: Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.26; Ulmer-Reimer, aaO. Nr.965; Christl, WRP 62,352; Jacob-Steinorth, WRP 62,322; dagegen: Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn.50; Frankf.Kom. § 17 Rn.47; Fikentscher, in "Wettbewerb als Aufgabe" S.271; Jacobi, BB 61,356; Röper, MA 64,709; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.45;

rechtfertigt ist, wenn die Preisempfehlung als geeignet erscheint, für eine Verteuerung der Ware zumindest "mitursächlich" zu sein und berücksichtigt man ferner, daß das Bundeskartellamt im Falle des Mißbrauchseingriffs lediglich die Preisempfehlung untersagen, nicht aber Maßnahmen gegen eine eventuelle Überhöhung der Abgabepreise des Empfehlenden treffen kann, so ergibt sich, daß eine Überprüfung der absoluten Höhe der Abgabepreise des Empfehlenden im Rahmen des § 38a Abs.3 Nr. 1 dem Sinn und Zweck des Gesetzes widerspräche und somit nicht statthaft sein kann. Auch das von Jacob-Steinorth³⁾ für vertikale Preisbindungen vorgebrachte Argument, daß vielfach in Preisbindungsfällen der normale Druck des Handels auf den Abgabepreis des Lieferanten fehle oder beschränkt werde, greift zumindest bei vertikalen Preisempfehlungen nicht durch. Angesichts der Unverbindlichkeit der vertikalen Preisempfehlungen kann sich auf der Stufe der Wiederverkäufer durchaus lebhafter Preiswettbewerb entwickeln, der dann gegebenenfalls als Druck auf die Abgabepreise weitergegeben werden kann. Durch das Vorliegen von Preisempfehlungen wird demnach der von den Händlern auf die Vorlieferanten ausgeübte Druck nicht nennenswert vermindert. Entscheidend ist vielmehr das preispolitische Verhalten der Händler und das Kräfteverhältnis zwischen Händlern und Lieferanten (Problem der Nachfrage-macht). In gewisser Weise zeigt dies auch der Brotindustrie-Fall⁴⁾, in dem marktstarke Abnehmer trotz Preisempfehlung starken Druck auf die Hersteller ausgeübt haben, die Handels-spanne auszuweiten, was einerseits durch Erhöhung des empfohlenen Preises, andererseits

3) Jacob-Steinorth, WRP 62,322;

4) BKartA, WuW/E 1551 (c); dazu Benisch, GRUR 75,53 r.Sp.

aber auch durch Senkung der Abgabepreise erfolgen kann. Wenn also die Intensität des Drucks auf die Abgabepreise des Empfehlenden in erster Linie durch das Kräfteverhältnis zwischen Empfehlendem und Abnehmern bestimmt wird und durch die Existenz von Preisempfehlungen nicht nennenswert gemindert wird, kann nicht behauptet werden, daß die Preisempfehlung entscheidend zum Schutz des Herstellerpreises beiträgt, bzw. daß zwischen einem hohen Abgabepreis und der Preisempfehlung ein innerer Zusammenhang besteht⁵⁾. Da aber die Kontrollbefugnis des Bundeskartellamts nach § 38a Abs.3 Nr. 1 nur soweit reicht, wie unter dem Schutz der Preisempfehlung von den, bei freier Kalkulation erzielbaren Preisen abgewichen wird, darf die absolute Höhe der Abgabepreise vom Bundeskartellamt aufgrund des § 38a Abs.3 Nr.1 nicht kontrolliert werden. Sie ist nur dann angreifbar, wenn der Empfehlende eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 22 besitzt.⁶⁾

bb) Überprüfung der relativen Höhe - interne Spannendiskriminierungen

Wenn der Empfehlende seinen Abnehmern unterschiedliche Rabatte gewährt, bzw. unterschiedliche Spannen einräumt, so differenziert er - bei gleichem empfohlenen Preis - seine eigenen Abgabepreise. Fraglich ist, ob das Bundeskartellamt befugt ist, die Abgabepreise des Empfehlenden in ihrer relativen Höhe zu überprüfen.

(1) Dies kann einmal unter dem Gesichtspunkt der Eignung zur Verteuerung erfolgen. Räumt der Empfehlende einigen bevorzugten Händlern oder Händlergruppen überhöhte Handelsspannen

5) vgl. aber Müller-Gries-Giessler, § 17 Rn.26;
6) so auch Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.45;

ein, so scheitert die Anwendbarkeit des § 38a Abs.3 Nr.1 nicht schon daran, daß es den Händlern - im Gegensatz zur Lage bei Preisbindung⁷⁾ - wegen der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung durchaus möglich ist, die erlangten Preisvorteile gegebenenfalls als Preisnachlässe an ihre Kunden weiterzugeben. Für die Anwendbarkeit des § 38 a Abs.3 Nr.1 genügt - wie dargelegt - bereits die "Eignung zur Verteuerung", die immer dann gegeben ist, wenn die eingeräumte Gesamthandelsspanne überhöht ist⁸⁾. Für die Feststellung der Eignung zur Verteuerung ist jedoch ein interner Vergleich zwischen den unterschiedlich hohen Handelsspannen nicht geeignet. Es kann dadurch zwar unter Umständen festgestellt werden, daß zwischen den jeweils erbrachten Handelsleistungen und den eingeräumten Handelsspannen ein gewisses Mißverhältnis besteht⁹⁾. Dies gilt insbesondere dann, wenn z.B. einzelnen nachfragestarken Abnehmern durch Kumulierung von Funktions-, Mengen-, Natural-, und sonstigen Rabatten¹⁰⁾ insgesamt stark überhöhte Gesamthandelsspannen gewährt werden. Die allein entscheidende Feststellung der Eignung zur Verteuerung kann allerdings erst dadurch erfolgen, daß die festgestellten Gesamthandelsspannen auf irgendeine Weise mit den hypothetischen, ohne Preisempfehlung am Markt erziel-

7) vgl. BKartA, WuW/E 824,1432; BGH, WuW/E 975;

8) siehe oben S. 157 der Disz.; ebenso BKartA, WuW/E 1242; BGH, WuW/E 975;

9) zum Beispiel BKartA, WuW/E 824,1432;

10) BGH, WuW/E 977;

baren Spannen verglichen werden¹¹⁾. Allein aufgrund eines internen Vergleichs der in unterschiedlicher Höhe eingeräumten Handelsspannen kann die Eignung zur Verteuerung noch nicht bejaht werden, zumal dem Empfehlenden ein erheblicher Ermessensspielraum für die Bewertung der Unterschiede in der Handelsleistung eingeräumt werden muß.¹²⁾

(2) Ein Mißbrauch bei der Festsetzung unterschiedlicher Rabattsätze könnte allerdings darin gesehen werden, daß der Empfehlende gleichartige Abnehmer ohne gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt. Voraussetzung wäre jedoch, daß das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 auch auf Preisempfehlende anwendbar ist. Soweit der Empfehlende zugleich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 22 einnimmt, ist diese Voraussetzung sicherlich erfüllt. Ist der Empfehlende jedoch kein marktbeherrschendes Unternehmen, so kann er allein wegen seiner Eigenschaft als Preisempfehlender nicht einem marktbeherrschenden oder preisbindenden Unternehmen gleichgestellt werden¹³⁾. Dem steht schon das strafrechtliche

11) einen derartigen Vergleich hat das Bundeskartellamt auch bisher angestellt z.B. im Doornkaat-Fall (BKartA, WuW/E 826) Vergleich mit der Handelsspanne von rund 20% für die anderen Erzeugnisse der Preisbinderin, oder im Beschluß des BKartA vom 21.2.72 (WuW/E 1432) wo festgestellt wurde, daß die eingeräumte Handelsspanne in der Skala der vorkommenden Spannenhöhen eine Spitzenstellung eingenommen hat.

12) KG, WuW/E OLG 1581;

13) wie hier: Benisch, WuW 67,138; ders., Gem.Kom. § 26 Abs.2 Rn.15; Frankf.Kom. § 26 Tz.56; Langen, § 26 Rn.18; Schwartz, Gem.Kom. § 17 Rn.61, Völp, WRP 65,346; a.A. Kartte, WuW 62,250;

Analogieverbot des Artikel 103 Abs.2 GG entgegen. Diese Auffassung war schon bisher herrschende Meinung. Sie ist in der Novelle 73 durch die Schaffung des § 38a Abs.3 Nr.4, der lediglich eine bestimmte Diskriminierungsform als Mißbrauch erklärt, indirekt bestätigt worden¹⁴⁾. Da der Gesetzgeber Rabattdiskriminierungen nicht wie die Sperrdiskriminierung des § 38a Abs.3 Nr.4 zu einem eigenen Mißbrauchstatbestand erklärt hat und andererseits sich gerade aus dem neugeschaffenen § 38a Abs.3 Nr. 4 ergibt, daß das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 auf Preisempfehlungen nicht anwendbar ist, können Rabattdiskriminierungen auch nicht als "sonstiger Mißbrauch" im Sinne des § 38a Abs.3 Satz 1 aufgefaßt werden¹⁵⁾. Der Gesetzgeber trägt damit der Überlegung Rechnung, daß es praktisch unmöglich ist, objektiv zu entscheiden, wie hoch die Abnahme- und vertriebsleistungen der jeweiligen Abnehmer zu bewerten sind. Solche unternehmerischen Entscheidungen, bei denen man dem Empfehlenden einen erheblichen Ermessensspielraum einräumen muß, können deshalb nicht durch die Gerichte oder Kartellbehörden ersetzt werden¹⁶⁾, ohne an den Prinzipien der freien Marktwirtschaft zu rütteln.

4) Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse

Durch das Kriterium der "gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung" weist das Gesetz darauf hin, daß bei der Prüfung der Eignung zur Verteuerung auch

14) Belke, ZHR 1974, 445;

15) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.61; a.A. Belke, ZHR 1974, 446 f.;

16) Benisch, Gem.Kom. § 26 Abs.2 Rn. 39;

die besonderen Umstände des Einzelfalls in ihrem gesamten wirtschaftlichen Zusammenhang zu berücksichtigen sind¹⁷⁾. Hierbei sind die Interessen der Hersteller, Wiederverkäufer und Endverbraucher gegeneinander abzuwägen, wobei als Abwägungsmaßstab nicht ein, wie auch immer definiertes, möglicherweise sogar ökonomisch vernünftiges Anliegen bestimmter Gruppen dienen kann, sondern vielmehr das Allgemeininteresse zu stehen hat¹⁸⁾. Nur dann, wenn die Preisempfehlung nicht nur den Belangen des Empfehlenden und seiner Abnehmer, sondern auch der wirtschaftlichen Situation in dem umfassenden Teilbereich der Wirtschaft, der durch die Herstellung und den Vertrieb der betreffenden Güter gekennzeichnet ist, Rechnung trägt¹⁹⁾, kann die Preisempfehlung als gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden. Bei der Prüfung der "gesamtwirtschaftlichen Rechtfertigung" sind demnach nicht nur Entlastungsgründe für eine gewisse, durch die Preisempfehlung bedingte Verteuerung heranzuziehen, sondern es ist eine umfassende Wertung aus gesamtwirtschaftlicher Sicht vorzunehmen, bei der gegebenenfalls auch belastende Kriterien mitberücksichtigt werden müssen.

Ist beispielsweise die empfohlene Ware von besonderer Bedeutung für die Konsumenten, wie zum Beispiel wichtige Grundnahrungsmittel oder ständig benötigte Verbrauchsgüter, so fällt eine geringfügige, durch die Preisempfehlung bedingte Verteuerung stärker ins Gewicht als bei sporadisch benötigten Waren²⁰⁾. Auch Gesichtspunkte der Währungsstabilität und der Bekämpfung des Preisauftriebs sind zu berücksichtigen. So sind verteuernde Tendenzen als umso schwerwiegen-

17) BGH, WuW/E 975; KG, WuW/E OLG 1597;

18) BKartA, WuW/E 1551 (b);

19) BKartA, WuW/E 1551 (a); BGH, WuW/E 907;

20) BKartA, WuW/E 1552;

der anzusehen, je kritischer die währungspolitische Lage ist²¹⁾. Schließlich ist auch der Umfang, in dem sich die Preisempfehlung am Markt verteuernd auswirkt, in die gesamtwirtschaftliche Beurteilung miteinzubeziehen. Eine verteuernde Wirkung der Preisempfehlung fällt umso weniger ins Gewicht, je geringer einerseits der Marktanteil des Preisempfehlenden ist²²⁾ und andererseits je geringer der Anteil derjenigen Händler am Gesamtabatz ist, für die die empfohlene Spanne überhöht ist. Werden jedoch 40 - 50 % des Gesamtabsatzes mit überhöhten Handelsspannen abgesetzt, so kann auch eine ansonsten vertretbare Überhöhung nicht mehr als gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt angesehen werden²³⁾.

Als entlastend und eine gewisse Verteuerung der preisempfohlenen Ware gesamtwirtschaftlich rechtfertigend muß insbesondere in Rechnung gestellt werden, daß es dem Empfehlenden angesichts der in der Regel am Einzelhandelsmarkt anzutreffenden Kalkulationsunterschiede und der daraus resultierenden Preisvielfalt praktisch unmöglich ist, den empfohlenen Preis so anzusetzen, daß er einerseits so niedrig ist, daß er nicht mehr unterboten werden kann, aber andererseits so hoch ist, daß er den absatztragenden Betriebstypen des Handels noch eine angemessene Spanne gewährleistet. Insofern muß eine gewisse, sich nach den Umständen des Einzelfalls richtende Überhöhung des empfohlenen Preises als gesamtwirtschaftlich unbedenklich und gerechtfertigt angesehen werden²⁴⁾. Ebenso ist zu bedenken, daß das Interesse der Endverbraucher zwar in besonderem Maße²⁵⁾, aber nicht ausschließlich auf eine Senkung

21) BKartA, WuW/E 1552; KG, WuW/E OLG 1467 und Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.48, mit dem berechtigten Hinweis, daß die Gefährdung der Währungsstabilität nicht als Dauerargument verwendet werden dürfe.

22) vgl. BKartA, WuW/E 388; Fikentscher in "Wettbewerb als Aufgabe" S. 284;

23) KG, WuW/E OLG 1598 "Dauerbackwaren" unter Bezugnahme auf BGH, WuW/E 975;

24) vgl. oben S.164 f. der Diss. und BGH, WuW/E 629 f.; KG, WuW/E OLG 737,1598;

25) so auch BGH, WuW/E 976 und BKartA, WuW/E 1552;

der Verkaufspreise gerichtet ist. Nicht vernachlässigt werden darf dabei das zugleich bestehende Interesse an einer ausreichend breiten und serviceangemessenen Versorgung durch den Handel. Insofern läge es nicht im wohlverstandenen Interesse der Verbraucher, wenn die empfohlenen Preise jeweils, so niedrig angesetzt werden müßten, daß auf Dauer nur noch Großbetriebe des Handels und Billigpreisgeschäfte eine Überlebenschance hätten²⁶⁾. Auch mit den berechtigten Interessen des Fachhandels läßt es sich nicht vereinbaren, wenn die empfohlenen Preise generell auf einem für den Fachhandel nicht mehr kostendeckenden Niveau oder wie Kazmeyer es ausdrückt, grundsätzlich auf der "unteren Mittellinie" des erzielbaren Preisspektrums angesetzt werden müßten. Entscheidend muß vielmehr sein, daß der empfohlene Preis entsprechend den Kalkulationsmöglichkeiten desjenigen Geschäftstyps festgesetzt wird, über den der Hauptabsatz abgewickelt wird, der also für die empfohlene Ware repräsentativ ist. Auf diese Weise wird auch der vom BGH geforderten²⁷⁾ Rationalisierung und Anpassung der Vertriebswege ausreichend Rechnung getragen, da die Verbraucher durch die Wahl des von ihnen bevorzugten Geschäftstyps einerseits selbst entscheiden können, welchen Service und welches Preisniveau sie für die empfohlene Ware als angemessen erachten und dadurch andererseits selbst bestimmen können, über welchen Geschäftstyp der Hauptabsatz getätigt wird. Voraussetzung ist allerdings, was § 38a Abs 3 Nr.4 sicherstellen will, daß der Absatz der preisempfohlenen Ware nicht nur auf solche Abnehmergruppen beschränkt wird, die dem Empfehlenden Gewähr bieten, daß sie den empfohlenen Preis im wesentlichen einhalten werden. Verlagert sich nun beispielsweise das Schwergewicht des Absatzes

26) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 48;

27) BGH, WuW/E 976;

einer preisempfohlenen Ware von der Stufe des Fachhandels infolge veränderter Einkaufsgewohnheiten der Verbraucher auf die Stufe des Nicht-Fachhandels²⁸⁾, so ist dann der Zeitpunkt gekommen, um die Preisempfehlung den Kalkulationsmöglichkeiten des nunmehrigen Hauptabsatzträgers anzupassen. In diesem Fall ist eine weitere Rücksichtnahme auf die Belange des Fachhandels gesamtwirtschaftlich nicht mehr zu rechtfertigen, da von ihm erwartet werden muß, daß er sich durch Anpassung seiner Handelsleistungen an die veränderten Verbraucherwünsche oder durch Rationalisierung auf die veränderte Absatzlage einstellt. Äußerstenfalls müssen diejenigen Händler, die glauben mit der nunmehr niedrigeren Handelsspanne nicht auskommen zu können, entweder auf den empfohlenen Artikel, der (preis-)niveaumäßig nicht mehr in ihr Sortiment paßt, verzichten oder versuchen, durch Hervorhebung ihres überdurchschnittlichen Services höhere als die empfohlenen Preise zu erzielen.

II) Mißbrauch durch Verbrauchertäuschung (§ 38a Abs.3 Nr.2)

Ein Mißbrauch nach § 38a Abs.3 Nr. 2 liegt dann vor, wenn

"die Empfehlung geeignet ist, den Verbraucher über den von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis zu täuschen".

Wie aus dem Bericht des Wirtschaftsausschusses²⁹⁾ hervorgeht, richtet sich der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 speziell gegen Mondpreisempfehlungen, bei denen die Eignung der Empfehlung zur Täuschung der Verbraucher erst bei der Handhabung³⁰⁾ der Empfehlung ersichtlich

28) vgl. den Zahncreme-Fall BGH, WuW/E 976 oder den "nur die"-Fall, BKartA, WuW/E 1223;

29) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,596;

30) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.49 S.112 im Anschluß an KG, WuW/E OLG 1594 (oben), das darauf abstellen will, ob der Markt die Preisempfehlung von vornherein wegen ihrer Mondpreiseigenschaft nicht beachte. Ist die Marktinkonformität der Preisempfehlung aber so offensichtlich, so wird in der Regel auch die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 38a Abs.1 Nr. 2 fehlen.

wird. Im Gegensatz zu § 38a Abs. 1 Nr. 2 fordert § 38a Abs. 3 Nr. 2 kein subjektives Bewußtsein der Marktinkonformität, sondern läßt die objektive Eignung zur Verbrauchertäuschung genügen³¹⁾. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß § 38a Abs. 3 Nr. 2 dem Bundeskartellamt lediglich die Möglichkeit bietet, im Wege der Mißbrauchsaufsicht einzuschreiten, während § 38a Abs. 1 Nr. 2 Empfehlungen, die diese Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllen, kraft Gesetzes von der Freistellung ausnimmt³²⁾.

1) Die Täuschung der Verbraucher

Da Preisempfehlungen nur dann kartellrechtlich zulässig sind, wenn sie sich grundsätzlich an den hypothetischen Marktpreisen ausrichten, faßt sie der Verbraucher als normalerweise geforderte, durchschnittliche Marktpreise auf. Wird der empfohlene Preis jedoch erheblich über dem durchschnittlichen, hypothetischen Marktpreis angesetzt, so daß er tatsächlich in erheblichem Maße unterboten wird, so kann er die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Orientierungsfunktion nicht mehr erfüllen. Er bewirkt dann vielmehr, daß die Verbraucher über den normalen, durchschnittlichen Wiederverkaufspreis getäuscht werden.

a) Mitteilung der Preisempfehlung an die Verbraucher

Voraussetzung für eine mögliche Täuschung der Verbraucher ist, daß die Preisempfehlung diesen bekanntgegeben wird. Insofern fallen unter den Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 nur Verbraucherpreisempfehlungen, da bloße Handelspreisempfehlungen den Verbrauchern normalerweise nicht zur Kenntnis gelangen³³⁾. Andererseits ist es für

31) Belke, ZHR 1974, 442; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49;

32) a.A., zumindest mißverständlich Gaedertz, GRUR 74, 605 r.Sp., der auch bei § 38a Abs. 3 Nr. 2 davon spricht, daß die objektiven Mondpreisempfehlungen von der Freistellung von den Empfehlungsverboten ausgenommen sind.

33) so auch Völz, WRP 73, 564 r.Sp., Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

die Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes der Nr. 2 nicht erforderlich, daß der Empfehlende den empfohlenen Preis durch zusätzliche, unlautere Praktiken, wie Belke sie anführt³⁴⁾, (z.B. das Durchstreichen der Preisempfehlung durch den Hersteller selbst oder das Nebeneinanderstellen von Phantasie- und marktgerechtem Preis) als besonderes Werbemittel einsetzt. Es genügt das bloße Aussprechen von Verbraucherpreisempfehlungen, die offensichtlich den tatsächlichen Marktpreis verfehlen³⁵⁾. Wird den Verbrauchern ein überhöht angesetzter, empfohlener Preis bekanntgegeben, so besteht die Täuschung darin, daß durch das Herausstellen des überhöhten, empfohlenen Preises als des "Normalpreises" der Eindruck erweckt wird, als handele es sich bei dem tatsächlich geforderten, niedrigeren Preis um ein besonders preisgünstiges Angebot³⁶⁾. Dabei kommen zwei verschiedene Täuschungskomponenten zum Tragen.

b) Täuschung über das Qualitätsniveau

Zum einen ist zu bedenken, daß manchmal die Qualitätstransparenz relativ gering sein kann, so daß die Verbraucher mangels anderer Kriterien den Preis als Hilfsmaßstab für die Beurteilung der Qualität der preisempfohlenen Ware heranziehen. Der Verbraucher geht also in diesen Fällen von der Annahme aus, daß teuere Waren grundsätzlich besser sind als billige. Täuscht nun der Empfehlende durch eine überhöhte Preisempfehlung einen hohen, normalen Marktpreis vor, so wird der Verbraucher den qualitativen Wert der Ware fälschlicherweise höher einschätzen, als wenn ihm dieselbe Ware von Anfang an zum

34) Belke, ZHR 1974, 443;

35) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49.S. 113;

36) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 396;

üblichen Marktpreis angeboten werden wäre. Wird für diese, scheinbar so hochwertige Ware vom Händler tatsächlich ein wesentlich niedrigerer Preis gefordert, so meint der Verbraucher, ein besonders günstiges Angebot vor sich zu haben, so daß er Konkurrenzangebote, bei denen er keinen derart hohen "Preisnachlaß" erhält, regelmäßig kaum mehr beachtet³⁷⁾. Auf diese Weise kann der Empfehlende einen zwar wettbewerbswidrigen, weil durch Täuschung bedingten, aber unter Umständen erheblichen Mehrabsatz erzielen.

c) Täuschung über die Leistungsfähigkeit des Händlers

Die andere Täuschungskomponente ist darin zu sehen, daß der Verbraucher, der regelmäßig von der Marktkonformität der Preisempfehlung ausgeht, bei Unterbietungen der Preisempfehlung regelmäßig annimmt, daß er das Angebot eines besonders leistungsstarken Händlers vor sich habe, der mit unterdurchschnittlichen Handelsspannen auskommen kann³⁸⁾. Wenn der Händler die Preisempfehlungen mehrerer Waren in dieser Weise unterbiete, kann sogar der Eindruck entstehen, daß sein gesamtes Sortiment derart günstig kalkuliert ist. Da aber der Händler Mondpreisempfehlungen auch dann unterbieten kann, wenn er die preisempfohlene Ware mit durchschnittlicher, handelsüblicher oder gar mit überdurchschnittlicher Handelsspanne anbietet,

37) Es ist eine weithin zu beobachtende Schwäche des Verbrauchers, der für nur wenige Waren exakte Preisvorstellungen hat, daß er auf relative und prozentuale Preisabschläge wesentlich stärker reagiert, als auf eine knappe Kalkulation, bei der von vornherein der niedrigere, effektive Verkaufspreis genannt wird. Insofern ist die Werbung mit Preisunterbietungen, gleichgültig, ob es sich um echte oder nur um "Scheinrabatte" handelt, wirtschaftlich gesehen so erfolgsversprechend.

38) vgl. Völp, WRP 73, 564 r.Sp.;

erweckt er beim Verbraucher die falsche Vorstellung, er würde mit knapperer Handelsspanne auskommen als seine Konkurrenten. Durch diese Täuschung hindert er die Verbraucher durch effektiven Vergleich der Angebote der Konkurrenzhändler und durch Wahrnehmung der jeweils günstigsten Angebote Kontrolle über die Angemessenheit der Handelsspanne auszuüben und kann somit einen wettbewerbswidrigen Vorsprung vor seinen Konkurrenten erzielen.

d) Nur "Eignung" zur Täuschung

Der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 stellt allerdings nicht auf den Erfolg der Täuschung ab, sondern ist bereits dann erfüllt, wenn die überhöhte Preisempfehlung objektiv geeignet ist, die Verbraucher in dem genannten Sinne zu täuschen. Insofern reicht es bereits aus, wenn der Empfehlende Verbraucherpreisempfehlungen ausspricht, die vom Handel offensichtlich nicht angenommen werden³⁹⁾. Da es nur auf die objektive Eignung zur Täuschung ankommt, wird der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 selbst dann erfüllt, wenn es unter den Verbrauchern bereits weitgehend bekannt geworden ist, daß gewisse Preisempfehlungen von der Mehrheit der Händler unterboten werden^{da}, dennoch ~~muß~~ davon ausgegangen werden^{muß}, daß diese überhöhten Preisempfehlungen weiterhin Täuschungen der Verbraucher bewirken können.

2) Der von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger tatsächlich geforderte Preis

Der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 erfaßt jedoch nicht generell alle Preisempfehlungen, die in irgendeiner Weise überhöht sind, und deshalb die Verbraucher täuschen können, sondern greift nur dann ein, wenn die "Mehrheit der Empfehlungsempfänger" den empfohlenen Preis unterbietet.

39) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

a) "Mehrheit" der Empfehlungsempfänger

§ 38a Abs.3 Nr. 2 ist nur erfüllt, wenn die Mehrheit, d.h. mehr als die Hälfte⁴⁰⁾ der, in den Absatz der Ware eingeschalteten Händler einen Preis verlangen, der unter dem empfohlenen Preis liegt. Im Gegensatz zu § 38a Abs.3 Nr.3 darf hier, wie sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes ergibt, nicht mit der Anzahl der Verkaufsfälle gewichtet werden. Entscheidend ist allein die absolute Mehrheit der Empfehlungsempfänger.

Für die Feststellung dieser Mehrheit braucht die Kartellbehörde nicht alle in Betracht kommenden Verkaufsstellen zu untersuchen. Es genügt vielmehr eine repräsentative Auswahl von Einzelhandelsunternehmen, die eine möglichst sichere Hochrechnung erlaubt⁴¹⁾. Trotzdem wird es der Kartellbehörde in der Regel Schwierigkeiten bereiten, nachzuweisen, daß tatsächlich die "Mehrheit" der Empfehlungsempfänger den empfohlenen Preis unterbietet. Aus diesem Grunde hat der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 in der bisherigen Praxis des Bundeskartellamts noch keine Bedeutung erlangt.⁴²⁾ Abgesehen davon steht der Kartellbehörde mit § 38a Abs.3 Nr. 3 eine wesentlich "schärfere Waffe" zur Verfügung, da sie dort nur nachweisen muß, daß die Preisempfehlung in einer Mehrzahl von Fällen - was deutlich weniger als die Hälfte aller Verkaufsfälle ist - unterboten wird, wenn auch in "erheblichem" Umfang.

b) Das Ausmaß der Unterbietung

Aber auch im Rahmen des Mißbrauchstatbestands der Nr. 2 sind geringfügige Abweichungen von dem

40) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

41) KG, WuW/E OLG 1322,1595; Kazmeyer, FiW 66 S. 111 (db);

42) BKartA, Tb. 1975 BT-Drucks. 7/5390 S.25;

empfohlenen Preis nicht zu zählen, weil sie zu einer Täuschung der Verbraucher nicht geeignet sind⁴³⁾. So werden Preisunterbietungen in Höhe des Barzahlungsrabatts von 3 % vom Verbraucher ohnehin nicht als Abweichung von der Preisempfehlung angesehen⁴⁴⁾. Aber auch Unterbietungen bis zu einer Höhe von etwa 7 bis 10 % dürften für den Verbraucher noch keine täuschenden Wirkungen entfalten⁴⁵⁾. Dies ergibt sich schon aus dem Wesen und der Unverbindlichkeit der Empfehlung. Gewisse Abweichungen entsprechen auch durchaus den Erwartungen des Gesetzgebers, dem es gerade darauf ankam, den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe nicht auszuschließen, sondern durch ihn eine verbraucherfreundliche Kalkulation im Handel zu fördern⁴⁶⁾. Auch das Bundeskartellamt hat in der Haushaltsmargarine-Entscheidung festgestellt, daß die Verbraucher heute, nach Aufhebung der Preisbindung daran gewöhnt sind, auch Markenartikel in den einzelnen Verkaufsstätten des Handels zu unterschiedlichen Preisen anzutreffen⁴⁶⁾. Diese Entwicklung wurde nicht zuletzt durch den erforderlichen ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvermerk und das Verbot der Druckausübung gefördert. Hält man sich schließlich vor Augen, daß sich der Mißbrauchstatbestand der Nr. 2 nach dem Willen des Gesetzgebers gegen objektive Mondpreisempfehlungen richten soll⁴⁷⁾, so ergibt sich, daß die erforderlichen Unterbietungen immerhin recht beträchtlich sein müssen, damit man überhaupt von Mondpreisempfehlungen sprechen kann⁴⁸⁾.

43) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 49 S. 113;

44) vgl. Merkblatt des BKartA, abgedr. in FIW 71 S. 121 (II 4);

45) Bericht des Wirtschaftsausschusses WuW 73,594 f.;

46) BKartA, WuW/E 1559;

47) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,596;

48) ebenso Benisch, Gem.Kom. § 38 a Rn. 49 S.113;

Aus diesen Überlegungen folgt ferner, daß die Unterbietungen von gewisser Dauer sein müssen, so daß Sonderangebote und Lockvogelpraktiken außer Betracht zu bleiben haben⁴⁹⁾. Insgesamt kann also gesagt werden, daß die Täuschungsgefahr für den Verbraucher und damit die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 38a Abs.3 Nr.2⁵⁰⁾ umso eher gegeben ist, je größer der Preisunterschied zwischen der Preisempfehlung und dem mehrheitlich geforderten Verkaufspreis ist⁵⁰⁾.

III) Mißbrauch durch überhöhte Preisstellung (§38a Abs.3 Nr.3)

Nach § 38a Abs.3 Nr.3 kann das Bundeskartellamt Markenwarenp reisempfehlungen für unzulässig erklären und neue gleichartige Empfehlungen verbieten, wenn "der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise erheblich übersteigt".

Diese Bestimmung, die dem § 17 Abs.1 Satz 2 a.F. nachgebildet ist, beruht auf der unwiderleglichen Vermutung, daß die Preisempfehlung der Verteuerung zum Nachteil der Verbraucher Vorschub leistet, wenn sie in einer Mehrzahl von Fällen erheblich unterboten wird⁵¹⁾.

Insofern ist der Mißbrauchstatbestand der Nr. 3 lex specialis zu Nr.1⁵²⁾. Wird eine Preisüberhöhung nach Nr.3 bejaht, so liegt in jedem Fall auch eine Verteuerung nach Nr.1 vor.

Im Vergleich zu § 38a Abs.3 Nr.2 hat Nr.3 einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich; zum einen, weil Nr.3 nicht nur Verbraucherpreisempfehlungen, sondern auch Handelspreisempfehlungen erfaßt⁵³⁾, zum anderen, weil Nr.3 bereits dann erfüllt ist, wenn die Preisempfehlung in einer Mehrzahl von Fällen (d.h. deutlich unter der Hälfte aller Fälle) unterboten wird, während die Tatbestandsvoraussetzungen der Nr.2 erst dann vorliegen, wenn die Mehrheit der Empfehlungsempfänger, d.h. mehr

49) Belke, ZHR 1974,442; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.49;

50) Belke, ZHR 1974,443;

51) siehe Fn.50;

52) ebenso Belke, ZHR 1974,444; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 66;

53) vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,596; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.50; Belke, ZHR 1974,444;

als die Hälfte, die Empfehlung unterbieten und zusätzlich die Eignung zur Täuschung der Verbraucher bejaht werden kann. Hinsichtlich der Intensität der Unterbietung stellt Nr. 3 nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar höhere Anforderungen, da nur "erhebliche" Unterschreitungen maßgeblich sind. In Anbetracht der Tatsache, daß von (objektiven) Mondpreisempfehlungen im Sinne der Nr. 2 ebenfalls nur dann gesprochen werden kann, wenn "erhebliche" Unterschreitungen festgestellt werden können, besteht zwischen dem Mißbrauchstatbestand der Nr.2 und der Nr.3 im Hinblick auf die Intensität der Unterschreitung kein inhaltlicher Unterschied. Insofern ist Belke⁵⁴⁾ zuzustimmen, daß der Täuschungsmißbrauch der Nr.2 einen gesteigerten Mißbrauchsfall von Nr.3 darstellt und somit in allen Mondpreisfällen zugleich auch Nr.3 erfüllt ist⁵⁵⁾, was das Vorgehen gegen Mondpreisempfehlungen für die Kartellbehörde, wegen der leichteren Nachweisbarkeit der Tatbestandsvoraussetzungen der Nr.3, wesentlich erleichtert. Aus diesem Grunde hat das Bundeskartellamt die verschärfte Mißbrauchsaufsicht über Unverbindliche Preisempfehlungen insbesondere auf der Grundlage der Nr.3, zu einem Schwerpunkt seiner Arbeit gemacht und systematisch eine Anzahl von Warengruppen (Körperpflegemittel, Lebensmittel, Spirituosen, Backwaren und Reifen) auf überhöhte Preisempfehlungen untersucht, wobei es bisher mit großem Erfolg überhöhte und täuschende Mondpreisempfehlungen verhindert hat.⁵⁶⁾ Bemerkenswert erscheint hierbei, daß in fast allen Fällen die Unternehmen der Abmahnung (§ 38a Abs.5) des Amtes entsprochen haben und in der Regel zu Nettopreisen übergegangen sind, ohne daß es einer Entscheidung des Amtes bedurfte.⁵⁷⁾

54) Belke, ZHR 1974,444;

55) ebenso Kazmeyer, FIW 66 S.111 (db); a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 66;

56) Belke, ZHR 1974,444 Fn. 107;Kazmeyer, FIW 71 s.81 ff.

57) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 50;

1) Erheblichkeit der Unterbietung

Angesichts der, vom Gesetzgeber ohnehin erwarteten ja geradezu gewünschten Belebung des Preiswettbewerbs auf der Handelsstufe, kann von einer mißbräuchlichen "erheblichen Unterbietung" der Preisempfehlung erst dann gesprochen werden, wenn die Unterbietungen ein so starkes Ausmaß angenommen haben, daß die Preisempfehlung als Orientierungsdatum für Händler und Verbraucher nicht mehr ernsthaft in Betracht kommt⁵⁸⁾. Da sich für eine bestimmte Ware bei freier, nicht durch Preisempfehlungen beeinflusster Preisbildung kein einheitlicher Marktpreis, sondern aufgrund der unterschiedlichen Handelsleistungen, Kostenstrukturen und regionalen Marktverhältnissen regelmäßig ein mehr oder weniger breites Preisspektrum⁵⁹⁾ herausbildet und die Preisempfehlung grundsätzlich diese marktkonformen Preisdifferenzierungen nicht beschränken will⁶⁰⁾, müssen diese Abweichungen von der Preisempfehlung bei der Feststellung der "erheblichen Unterbietungen" grundsätzlich außer Betracht bleiben. Verhalten sich die Händler in ihrer Preisbildung entsprechend ihren individuellen Kosten -, Leistungs- und Marktverhältnissen, was dann bei einem Großteil dieser Unternehmen zu einer Abweichung vom empfohlenen Preis in mehr oder weniger starkem Ausmaß führen muß, so kann hieraus nur dann auf einen Mißbrauch im Sinne der Nr.3 geschlossen werden, wenn der empfohlene

58) vgl. KG, WuW/E OLG 1594;

59) vgl. BKartA, WuW/E 1590; IFO-Gutachten, aaO. S.66;

60) dies ergibt sich schon aus dem Erfordernis des ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvermerk und dem Verbot der Druckausübung, Vergleiche KG, WuW/E OLG 1595 und Benisch, GRUR 75,52 r.Sp. der ebenfalls darauf hinweist, daß lebhafter Wettbewerb, wie er gesetzlich angestrebt wird, notwendig durch eine Vielzahl von Abweichungen, auch erheblicher Art gekennzeichnet ist.

Preis von sich aus so hoch angesetzt ist, daß er auch für die repräsentativen Hauptabsatzträger nicht mehr als normaler Verkaufspreis in Betracht kommt⁶¹⁾. Entscheidend für den Mißbrauchstatbestand der Nr.3 sind also nicht generell alle Unterbietungen größeren Ausmaßes⁶²⁾, sondern nur diejenigen erheblichen Unterbietungen, die daraus resultieren, daß die Preisempfehlung auch für den repräsentativen Geschäftstyp zu hoch angesetzt worden ist. Insofern sind Unterbietungen typischer Niedrigpreisgeschäfte, die geringere Handelsleistungen erbringen⁶³⁾ oder Unterbietungen, die aufgrund besonderer regional oder zeitlich begrenzter Preiskämpfe⁶⁴⁾ resultieren, für die Feststellung der Mißbräuchlichkeit gemäß Nr.3 grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Da sich die Preisempfehlung nach der hypothetischen Kalkulation desjenigen Geschäftstyps zu richten hat, über den gegenwärtig der Hauptabsatz getätigt wird, ist zu untersuchen, inwieweit dieser repräsentative Geschäftstyp die Preisempfehlung tatsächlich einhält. Ist dies der Fall, so sind marktkonforme Preisdifferenzierungen, wie sie oben dargestellt wurden, auch dann unschädlich, wenn sie zu erheblichen Unterbietungen der Preisempfehlung führen⁶⁵⁾. Trotz

61) vgl. IFO-Gutachten, aaO.S. 83;

62) auch im IFO-Gutachten wird auf S.84. ausgeführt, daß die Nichteinhaltung der Preisempfehlung nicht generell als Negativum angesehen werden kann.

63) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 51 S.115 und Rn.52 S.116; ders. GRUR 75,52 r.Sp.;

64) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 52 weist zutreffend darauf hin, daß die zeitlichen Grenzen von einer bzw. zwei Wochen, die das BKartA für die Nichtberücksichtigung außergewöhnlicher Wettbewerbslagen setzt zu knapp sind.

65) Würde man diese erheblichen, aber marktkonformen Preisunterbietungen ebenfalls als mißbrauchsbegründend ansehen, so könnten in diesen Fällen extrem breiter Preisspektren überhaupt keine Preisempfehlungen ausgesprochen werden.

dieser unter Umständen erheblichen Unterbietungen wird der Verbraucher durchaus sachgerecht über die Preisverhältnisse am Markt informiert, was zu einer erheblichen Belebung der Geschäftstypenkonkurrenz beitragen kann. Hält sich jedoch auch der repräsentative Geschäftstyp nicht oder nicht mehr an die ausgesprochene Empfehlung, so kann die Preisempfehlung ihre Orientierungsfunktion nicht mehr erbringen. Allerdings wird man auch zugunsten der repräsentativen Geschäftstypen angesichts der Unverbindlichkeit der Preisempfehlung eine gewisse Toleranz- oder Schwankungsbreite veranschlagen müssen⁶⁶⁾, innerhalb derer Abweichungen vom empfohlenen Preis noch nicht als "erheblich" anzusehen sind. Wann eine erhebliche Differenz zwischen empfohlenem und tatsächlich gefordertem Preis vorliegt, läßt sich nicht schematisieren und allgemein gültig in Prozentsätzen bestimmen.⁶⁷⁾ Da der zulässige Barzahlungsrabatt bereits 3 % beträgt, kann allerdings nur ein deutlich darunterliegender Preis relevant sein.⁶⁸⁾ Aus diesem Grund erachtet das Bundeskartellamt Unterschreitungen von 7 % und weniger grundsätzlich als unbeachtlich⁶⁹⁾. Auch das Kammergericht hat bei Lebensmitteln des täglichen Bedarfs erst Unterschreitungen von 10 % und mehr als erheblich angesehen. Dabei hat es zutreffend darauf hingewiesen, daß Unterbietungen in Höhe dieses Prozentsatzes selbst dann erheblich sein können, wenn sie absolut gesehen nur Pfennigbeträge ausmachen⁷⁰⁾. Zu berücksichtigen sind jedoch im Einzelfall Faktoren wie zum Beispiel die Umschlaggeschwindigkeit der Ware, die Bedeutung für den Verbraucher, das Vertriebsrisiko, eventuelle Differenzierungen hinsichtlich

66) KG, WuW/E OLG 1595;

67) BKartA, WuW/E 1556; Völp, WRP 73,565 1.Sp.; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 51 und Belke, ZHR 1974,444, der darauf hinweist, daß regelmäßige Unterschreitungen von mehr als 15 % wohl in jedem Fall erheblich sind. a.A. Böge, DB 73,1735 r.Sp., der diese Grenze erst bei 20 % ansetzt.

68) KG, WuW/E OLG 1594;

69) BKartA, WuW/E 1558;

70) KG, WuW/E OLG 1594;

der gebotenen Handelsleistungen und die absolute Höhe des empfohlenen Preises⁷¹⁾. Fraglich ist, ob im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht der Nr. 3 auch die Höhe der jeweils eingeräumten Handelsspanne von entscheidender Bedeutung sein kann⁷²⁾. Da die Frage der "Erheblichkeit" unter den Gesichtspunkt der Orientierungsfunktion der Preisempfehlung, also aus Sicht des Verbrauchers zu beantworten ist, spielen derartige Interna - anders als beim Mißbrauchstatbestand der Nr. 1 - für § 38a Abs.3 Nr. 2 keine entscheidende Rolle. Außerdem würde die Berücksichtigung der Höhe der Betriebshandelsspanne - worauf das Bundeskartellamt zutreffend hinweist⁷³⁾ - die Mißbrauchsaufsicht über Markenwaren mit relativ hoher Handelsspanne erheblich erschweren, da die Preisunterschreitungen dann ein wesentlich größeres Ausmaß annehmen müßten, um in die Mißbrauchszone zu geraten⁷⁴⁾.

2) Die Mehrzahl von Fällen

Unter einer "Mehrzahl von Fällen" ist nicht die Mehrheit (wie nach Nr. 2), sondern eine größere, ins Gewicht fallende, aber deutlich unter der Hälfte liegende Anzahl zu verstehen⁷⁵⁾. Bei der Feststellung, wann eine größere Anzahl von Unterbietungsfällen vorliegt, ist zu berücksichtigen, daß die Preisempfehlung nach dem Willen des Gesetzgebers keine strikte Einhaltung des genannten Preises gewährleisten, sondern lediglich eine Orientierungshilfe für Verbraucher und Händler darstellen soll. Diese Aufgabe kann die Preisempfehlung jedoch nur dann erfüllen, wenn gewisse marktkonforme Preisdifferenzierungen, wie sie auch bei freier, durch Preisemp-

71) Benisch, GRUR 75, 52 1.Sp.; ders., Gem.Kom. § 38a Rn. 51; weitere zu berücksichtigende Umstände in BKartA, WuW/E 1557 (oben);

72) Bejahand KG, WuW/E OLG 1594; ebenso Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 51 und Völp, WRP 73,565 1.Sp.;

73) BKartA, Tb. 1975, BT - Drucks. 7/5390 S.25;

74) a.A. auch Belke, ZHR 1974, 444;

75) KG, WuW/E OLG 1594; BKartA, Tb. 1975, aaO. S.25; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.52 S.115;

fehlungen nicht beeinflusster Preisbildung infolge unterschiedlicher Kosten-, Leistungs- und Marktverhältnisse auftreten, nicht als mißbräuchliche Preisunterbietungen angesehen werden. Insofern muß nicht nur hinsichtlich der Höhe, sondern auch hinsichtlich des Umfangs der Unterschreitungen eine verhältnismäßig große Toleranzbreite veranschlagt werden⁷⁶⁾, wenn das Instrument der Preisempfehlung nicht ad absurdum geführt werden soll⁷⁷⁾. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß eine mißbräuchliche Überhöhung der Preisempfehlung erst dann vorliegen kann, wenn ein erheblicher Prozentsatz der für die empfohlene Ware repräsentativen Hauptabsatzträger den empfohlenen Preis unterbietet⁷⁸⁾, da dieser dann offensichtlich auch für diese maßgeblichen Absatzträger als Verkaufspreis nicht oder nicht mehr in Betracht kommt. Treten hingegen Unterbietungsfälle vorwiegend nur bei typischen Niedrigpreisgeschäften auf, so sind sie selbst dann nicht in die Ermittlung der "Mehrzahl der Fälle" miteinzubeziehen, wenn diese Niedrigpreisgeschäfte ein gewisses Marktgewicht besitzen⁷⁹⁾. Aber auch zeitlich begrenzte Verkaufsförderungs- und Sonderangebotsaktionen einzelner Händler, oder örtlich begrenzte Preiskämpfe müssen außer Betracht bleiben⁸⁰⁾. Für den Mißbrauchseingriff nach Nr. 3 ist vielmehr erforderlich, daß sich über gewisse Zeit hinweg ein stabiles Preisniveau auf ermäßigter Ebene eingespielt hat, so daß auch die repräsentativen Geschäftstypen den empfohlenen Preis kontinuierlich unterbieten.⁸¹⁾

Da § 38a Abs.3 Nr.3 auf eine "Mehrzahl von Fällen" und nicht wie Nr. 2 auf die "Mehrheit der Empfehlungsempfänger" abstellt, muß die Zahl der empfehlungsunterschreitenden Handelsunternehmen in geeigneter

76) KG, WuW/E OLG 1595;

77) IFO-Gutachten, aaO S.85;

78) KG, WuW/E OLG 1595; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.52;

79) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.52 S.116;

80) Benisch, GRUR 75,53 I.Sp. unter Berufung auf Kuzmeyer;

81) BKartA, WuW/E 1557; Belke, ZHR 127/4, 444 Fn.103;

Weise mit der Zahl der von diesen getätigten Verkaufsfällen gewichtet werden⁸²⁾. Allein die Zahl der empfehlungsunterschreitenden Unternehmen ist noch nicht aussagekräftig, weil es sich hierbei um Unternehmen mit geringen Umsätzen handeln kann, die auf die Marktsituation nur geringen Einfluß haben⁸³⁾. Andererseits kann bereits eine verhältnismäßig geringe Anzahl von umsatzstarken Einzelhändlern, insbesondere Filialisten, das Bild auf dem Markt so erheblich beeinflussen, daß es gerechtfertigt sein kann, auch dann eine Mehrzahl von Fällen anzunehmen⁸⁴⁾. Die erforderliche Gewichtung kann einmal dadurch vorgenommen werden, daß die Zahl der die Preisempfehlung in erheblichem Maße unterbietenden Handelsunternehmen multipliziert wird mit der Zahl der von ihnen getätigten Verkäufe⁸⁵⁾, wobei dann das Ergebnis verglichen werden muß mit der Anzahl der insgesamt am Markt getätigten Verkaufsfällen. Nach Ansicht des Kammergerichts ist es jedoch aus Praktikabilitätsgründen ausreichend, wenn der unterschiedlichen Absatzleistung zwischen keinen und mittleren Einzelhändlern und umsatzstarken Großunternehmen des Handels, insbesondere Filialisten, andererseits, dadurch Rechnung getragen wird, daß jeweils jede einzelne Verkaufsstelle für die Beurteilung herangezogen wird⁸⁶⁾, so daß

82) Belke, ZHR 1974, 443 f.;

83) KG, WuW/E OLG 1595;

84) KG, WuW/E OLG 1595; in diesem Sinne auch Belke, ZHR 1974, 444; vgl. dazu die Presseinformation des BKartA Nr. 36/74 vom 2.5.74 zitiert bei Kazmeyer, FIW 71 S. 83 Fn. 21, wonach es für einen Mißbrauchseingriff nach Nr. 3 bereits ausreichen kann, wenn ein einziges, im ganzen Bundesgebiet vertreibendes Unternehmen (z.B. ein großes Filialunternehmen oder Versandhaus) ein bestimmtes preisempfohlenes Erzeugnis, bei dem es einen bedeutenden Umsatzanteil hat, erheblich unter dem empfohlenen Preis verkauft.

85) In diesem Sinne interpretiert das BKartA das Tatbestandsmerkmal der "Mehrzahl von Fällen" so, daß jeder einzelne Verkaufsfall, d.h. jeder einzelne Verkauf an einen Endverbraucher als "ein Fall" zu gelten habe, so daß nicht mehrere Verkäufe zu gleichen, die Preisempfehlung unterbietenden Preisen in einer Filiale oder gar in einem Filialunternehmen zu einem "Verkäuferfall" zusammengefaßt werden können. vgl. Kazmeyer, FIW 71 S. 82;

86) KG, WuW/E OLG 1595;

der größere Absatz der Großunternehmen durch eine entsprechend größere Zahl von Verkaufsstellen in ausreichendem Maße berücksichtigt wird. Nicht befriedigend kann jedoch das vom Bundeskartellamt im Haushaltsmargarine-Fall angewandte Verfahren zur Feststellung der "Mehrzahl von Fällen" ⁸⁷⁾. Hier hatte das Amt die Zahl der preisunterschreitenden Handelsbetriebe (60) mit der geschätzten, durchschnittlichen Anzahl von Verkaufsfällen (500) multipliziert, aber das Ergebnis nicht mit der Zahl der, im Untersuchungszeitraum insgesamt am Markt abgesetzten Verkaufseinheiten verglichen. Durch die Multiplikation der Zahl der preisunterbietenden Handelsbetriebe mit einer, für alle in gleicher Höhe unterstellten Zahl von Verkaufsfällen (einheitlich 500), konnte jedoch keine sachgerechte Gewichtung vorgenommen werden.

Eine Mehrzahl von Fällen ist nur dann gegeben, wenn die in der genannten Weise gewichteten Unterbietungsfälle im Verhältnis zum Gesamtabsatz der preisempfohlenen Ware so stark ins Gewicht fallen, daß die Preisempfehlung die ihr zugedachte Orientierungsfunktion nicht mehr in ausreichendem Maße erfüllen kann. Das Kammergericht ist im Haushaltsmargarine-Fall davon ausgegangen, daß bei Lebensmitteln des täglichen Bedarfs der empfohlene Preis die tatsächlich geforderten Preise jedenfalls dann in einer "Mehrzahl von Fällen" erheblich übersteigt, wenn in 20 % der Verkaufsstellen die für die Abnehmerstruktur repräsentativ sind, dieser erhebliche Unterschied zutage tritt ⁸⁸⁾. Mit diesem Prozentsatz dürfte auch, über den entschiedenen Einzelfall hinaus, ein wesentlicher Anhaltspunkt für die grundsätzlich erforderliche Anzahl von Unterbietungen gegeben sein. Würde die mißbrauchs begründende erforderliche "Mehrzahl von Fällen" erst bei einem wesentlich höher liegenden Prozentsatz bejaht werden, so könnte die Preisempfehlung ihre Orientierungsfunktion für Händler und

87) BKartA, WuW/E 1568;

88) KG, WuW/E OLG 1595;

Verbraucher nicht mehr in dem gewünschten Maße entfalten.⁸⁹⁾ Würde man jedoch die Mißbrauchsvorschrift der Nr.3 in so extensiver Weise auslegen, daß auch Abweichungen von weniger als 20 % der repräsentativen Verkaufsstellen als mißbrauchsbe gründend anzusehen wären⁹⁰⁾, so würde dies die gesetzlich angestrebte Wettbewerbsaktivität im Handel derart beschränken, daß damit das Instrument der Preisempfehlung selbst in Frage gestellt würde⁹¹⁾.

IV) Mißbrauch durch Ausschluß vom Vertrieb (§ 38a Abs.3 Nr.4)

Das Bundeskartellamt kann nach § 38a Abs.3 Nr.4 Markenwarenpreisempfehlungen für unzulässig erklären, wenn

"durch Vertriebsregelungen oder andere Maßnahmen des empfehlenden Unternehmens bestimmte Unternehmen oder bestimmte Abnehmergruppen ohne sachlich gerechtfertigten Grund vom Vertrieb der Waren ausgeschlossen sind".

Nach dem Bericht des Wirtschaftsausschusses⁹²⁾ soll der Mißbrauchstatbestand der Nr.4 verhindern, daß durch Vertriebsregelungen oder sonstige Maßnahmen erreicht wird, daß nur "preistreue " Abnehmer belief ert werden, daß Handelsunternehmen und Abnehmergruppen, bei denen das empfehlende Unternehmen mit Unterschreitungen des empfohlenen Preises rechnet, aus dem Vertrieb ausgeschaltet werden, und daß dadurch die Bildung von Marktpreisen, die unter dem empfohlenen Preis liegen, verhindert wird.

1) Normzweck und Anwendungsbereich der Nr.4

- a) Der Grundsatz der freien Wahl der Absatzwege:
Den Erläuterungen des Wirtschaftsausschusses ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber weiterhin vom Grundsatz der freien Wahl der Absatzwege aus-

89) KG, WuW/E OLG 1595;

90) So aber das BKartA in der Presseinformation Nr.36/74, abgedr. bei Kazmeyer FIW 71 S.83 Fn.21, wonach es schon ausreichen könne, wenn eine einzelne Handelsgruppe mit einem Umsatzanteil von nur 8 % den empfohlenen Preis erheblich unterbietet.

91) vgl. IFO-Gutachten,aaO S. 86;

92) Bericht des Wirtschaftsausschusses,WuW 73.596;

geht⁹³⁾, der Ausdruck des marktwirtschaftlichen Prinzips ist, wonach die Unternehmer zwar frei entscheiden können, aber dafür auch die Verantwortung und das Absatzrisiko tragen müssen⁹⁴⁾. Dieser Freiheit kommt - worauf Tessin zutreffend hingewiesen hat - gerade für die Hersteller von Markenartikeln besondere Bedeutung zu, da die Gestaltung der Absatzwege den Good-Will ihrer Erzeugnisse erheblich zu beeinflussen vermag⁹⁴⁾. Den Erläuterungen ist andererseits auch zu entnehmen, daß selektiver Vertrieb, jedenfalls wenn er in Verbindung mit Preisempfehlungen praktiziert wird, dann als Mißbrauch anzusehen ist, wenn bestimmte Abnehmer oder Abnehmergruppen aus preispolitischen Gründen von Vertrieb ausgeschlossen werden. In diesem Fall besteht die Gefahr, daß das Preisbindungsverbot dadurch umgangen wird⁹⁵⁾, daß der Empfehlende nur diejenigen Abnehmer beliefert, von denen er erwarten kann, daß sie das Empfehlungsniveau einhalten werden. Auf diese Weise könnte allzu häufigen und erheblichen Unterschreitungen des empfohlenen Preises durch eine Einschränkung des Vertriebs entgegengewirkt und eine eventuelle Überhöhung der Preisempfehlung durch Unterdrückung der Preisunterbietungen verschleiert werden.⁹⁶⁾

93) Belke, ZHR 1974, 310; vgl. hierzu die Stellungnahme des BMWi zum Tb des BKartA 1973 (BT-Drucks. 7/2250 S.IV) in der es heißt: "Die freie Bestimmung des Herstellers über den, für seine Waren günstigsten Vertriebsweg ist ein wesentlicher Grundsatz unserer Wirtschaftsordnung. Eine Tendenz zur Gleichschaltung der Vertriebsformen würde sich nicht zuletzt auch gegen die Wahlfreiheit des Verbrauchers richten."

94) Tessin, GRUR 74, 683 I.Sp.; Völp, WRP 38, 7;

95) Völp, WRP 73, 355; Belke, ZHR 1974, 445; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.53 S.116;

96) Kazmayer, FiW 66 S.111;

b) Die Ausschlußmittel

Als Ausschlußmittel im Sinn der Nr. 4 kommen alle diejenigen Formen selektiver Absatzpolitik, wie Vertriebsbindungen und sperrähnliche Maßnahmen in Betracht, die bestimmte Handelsunternehmen oder Abnehmergruppen vom Absatz der preisempfohlenen Ware ausschließen sollen, weil ihre präsumptive individuelle Kalkulation nicht mit der der Preisempfehlung zugrundegelegten Kalkulation konform geht⁹⁷⁾. Erfasst werden also einmal diejenigen Fälle, in denen der Empfehlende selbst, sofern er normalerweise die einzelnen Händler direkt beliefert, bestimmte Händler aus oben genannten Gründen von der Belieferung ausschließt. Ebenso mißbräuchlich ist es jedoch, wenn der Empfehlende den Ausschluß dieser Händler dadurch bewirkt, daß er die in den Absatz eingeschalteten Großhändler durch Vertriebsbindungen dazu verpflichtet, diese Abnehmer nicht mehr zu beliefern⁹⁸⁾.

c) Die Betroffenen

Als Betroffene des mißbräuchlichen Vertriebsausschlusses kommen einerseits einzelne, als besonders preisaktiv bekannte Handelsunternehmen und andererseits bestimmte Geschäftstypen in Betracht, die typisch^{er}weise eine Niedrigpreispolitik verfolgen. Ein mißbräuchlicher Vertriebsausschluß kann aber auch dann vorliegen, wenn generell die unteren Stufen des für den Absatz der preisempfohlenen Ware zur Verfügung stehenden Geschäftstypenspektrums vom Vertrieb ausgeschlossen werden, wenn diese Einschränkung nicht durch nicht-preisbedingte Gründe sachlich gerechtfertigt ist⁹⁹⁾. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, daß die preisempfohlene Ware in angemessener Breite über alle zur Verfügung

97) Belke, ZHR 1974, 445; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 53 S.117;

98) Belke, ZHR 1974, 303;

99) Kazmeyer, FIW 66, S.112;

stehenden Geschäftstypen, die den notwendigen Service bieten, vertrieben wird, so daß sich sowohl die Höhe des tatsächlich geforderten Preises als auch das Schwergewicht des Absatzes, unbeeinflußt durch Vertriebsbeschränkungen des Empfehlenden, bei demjenigen Geschäftstyp des Handels einpendeln kann, der den Vorstellungen und Wünschen der Verbraucher am meisten entgegenkommt. Nur so kann die Preisempfehlung die gewünschte Preisflexibilität auf der Handelsstufe gewährleisten.¹⁰⁰⁾

d) Schutz des Wettbewerbs als Institution

Der Mißbrauchstatbestand der Nr.4 beinhaltet jedoch kein allgemeines Diskriminierungsverbot für preisempfehlende Unternehmen¹⁾, sondern sieht in dem Vorliegen des speziellen Diskriminierungsfalles der preispolitisch motivierten Vertriebsperre lediglich einen Anknüpfungspunkt für das Einschreiten der Kartellbehörde. Aber auch in diesem Fall gewährt § 38a Abs.3 Nr.4 den nicht belieferten Händlern keinen Anspruch auf Belieferung²⁾. Dies ergibt sich schon aus der für die Verletzung der Nr.4 vorgesehenen Rechtsfolge. Die Kartellbehörde kann lediglich die Preisempfehlung für unzulässig erklären, nicht aber eine Belieferung der ausgeschlossenen Händler anordnen³⁾. Der Mißbrauchstatbestand der Nr.4 will lediglich verhindern, daß durch gewisse Maßnahmen des selektiven Vertriebs das Preisniveau auf den nachfolgenden Absatzstufen künstlich hochgehalten wird, nicht aber die Geschäftsbeziehungen als solche regeln. Normzweck des

100) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.53;

1) so schon nach dem bisherigen Rechtszustand die herrschende Meinung. siehe oben S.188 der Diss. Fn. 13;

2) wie hier Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.53; Belke, ZHR 1974,446 Fn.111; a.A. Kazmeyer,FiW 66 S.112, Fn. 26;

3) Belke, ZHR 1974,445; Benisch, Gem.Kom. §38a Rn.53;

§ 38a Abs.3 Nr.4 ist demnach nicht der Schutz des Individualinteresses einzelner Händler, sondern der Schutz des Wettbewerbs als Institution⁴⁾.

e) Verhältnis zu § 18 und § 26 Abs.2

Dies bedeutet aber nicht, daß die Vertriebsstrukturen, die die Preisempfehlung begünstigen, nicht ebenfalls angegriffen werden können. So hat die Kartellbehörde gemäß § 18 die Möglichkeit, Vertriebsbindungen für unwirksam zu erklären⁵⁾. Da sie somit die Wahl hat, ob sie aufgrund § 38a Abs.3 Nr.4 gegen die Preisempfehlung oder aufgrund des § 18 gegen die Vertriebsbindung vorgehen will, wird hierdurch ein flexibles Vorgehen gefördert. Dabei kann die Behörde - wie Gutzler zutreffend schreibt⁶⁾ - nach der Abmahnung gemäß § 38a Abs.5 unter Umständen dem Betroffenen Hersteller selbst die Wahl lassen, ob er lieber auf die Vertriebsbindung oder auf die Preisempfehlung verzichtet. Im übrigen kann gegen die vom Empfehlenden getroffenen Vertriebsregelungen gegebenenfalls auch durch die Anwendung des Diskriminierungsverbots (§26 Abs.2) vorgegangen werden⁷⁾. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß der Empfehlende entweder marktbeherrschend im Sinne von § 22 ist oder daß seine Abnehmer in so hohem Maße von der Lieferung seiner Waren abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (§ 26 Abs.2 Satz 2). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, und sachlich gerechtfertigte Gründe für eine Ungleichbehandlung nicht gegeben, so ergibt sich für den Empfehlenden

4) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 53;

5) Völz, WRP 73,565 1.Sp.; Belke, ZHR 1974,446;
Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 66;

6) Gutzler, WRP 73,568;

7) Völz, WRP 73,565 1.Sp.;

aus § 26 Abs.2 (nicht aber aus § 38a Abs.3 Nr.4) eine Pflicht zur Belieferung der ausgeschlossenen Händler⁸⁾.

f) Verhältnis zu § 38a Abs.1 Nr.1

Wird durch die Nicht-Belieferung oder eine teilweise oder nur schleppend erfolgende Belieferung Druck ausgeübt, um die Abnehmer zu empfehlens-treuem Verhalten zu veranlassen, so entfällt bereits, wegen Verstoßes gegen § 38a Abs.1 Nr.1 die Zulässigkeit der Empfehlung⁹⁾. In diesem Fall ist für die Mißbrauchsbestimmungen des § 38a Abs.3 kein Raum mehr. Die Zulässigkeit der Empfehlung entfällt jedoch, nach den Grundsätzen der Saba-Entscheidung des BGH¹⁰⁾ nicht, wenn der Empfehlende ohne Beeinflussungswillen eine "endgültige" Sperre verhängt¹¹⁾. Insofern kann der Empfehlende durch endgültige Präventiv- oder Vergeltungssperren zunächst durchaus zulässig preisstabilisierende Selektivmaßnahmen durchführen¹²⁾. Gleichwohl stellt dies - im Gegensatz zur Meinung Belkes¹²⁾ - keine Lücke im System des Wettbewerbschutzes dar. Wie Belke selbst in anderem Zusammenhang ausführt¹³⁾, begründet der systematische Ausschluß aller Preisbrecher und Niedrigpreisgeschäfte durch entsprechende Gestaltung des Vertriebssystems zwar keinen Verstoß gegen das Druckverbot, wohl aber die Mißbrauchsaufsicht gemäß § 38a Abs.3 Nr.4¹⁴⁾.

8) Völp, WRP 73,565 1.Sp.; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 53; vgl. hierzu die Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses (WuW 73,593), in der es heißt: "Für die Hersteller von Markenartikel, die ein Händler, wenn er wettbewerbsfähig sein will, in seinem Sortiment führen muß, besteht nach der neuen Vorschrift (§ 26 Abs.2 Satz2) grundsätzlich eine Lieferpflicht."

9) Belke, ZHR 1974,297;

10) BGH, WuW/E 704 ff.;

11) Belke, ZHR 1974,298,433; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 34;

12) Belke, ZHR, 1974,298;

13) Belke, ZHR 1974,310;

14) ebenso Kazmeyer, FLW 66 S.111; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.53; vgl. auch Belke, ZHR 1974,446 Fn.111;

Hierdurch wird eine flexiblere und behutsamere Regelung ermöglicht als durch die generelle, sofortige Unzulässigkeit der Preisempfehlung¹⁵⁾. Werden nicht empfehlungstreue Händler nur teilweise oder nur schleppend beliefert, so kommt es darauf an, ob nach der Vorstellung des Empfehlenden die verfolgte Absicht der Willensbeeinflussung erkennbar wird¹⁶⁾. Ist dies der Fall, so ist die Preisempfehlung wegen Verstoß gegen § 38a Abs.1 Nr.1 von vornherein unzulässig. Ist dies jedoch nicht der Fall, so kann ein Mißbrauchsfall nach Nr. 4 vorliegen, da die Abnehmer, die nur eine wesentlich geringere Warenmenge als gewünscht erhalten, vor der Alternative stehen, entweder die Ware zu höherem Preis abzusetzen, damit auf diese Weise die Umschlaggeschwindigkeit der Ware reduziert wird¹⁷⁾ oder aber die empfohlene Ware trotzdem zu dem von ihnen normalerweise geforderten günstigeren Preis anzubieten, wobei sie dann aber in Kauf nehmen müssen, daß sie diesen Artikel bis zur nächsten Lieferung nicht mehr in ihrem Sortiment anbieten können. Eine derartige schleppende oder nur teilweise erfolgende Belieferung stellt demnach eine sperrähnliche Maßnahme dar, durch die bestimmte Handelsbetriebe, von denen die Nicht-Einhaltung der Preisempfehlung erwartet wird, von einem ordnungsgemäßen, pünktlichen und zuverlässigen Vertrieb der preisempfohlenen Ware ausgeschlossen werden.

15) Belke, ZHR, 1974, 310;

16) BHG, WuW/E 709;

17) zu dem Zusammenhang zwischen Preishöhe und Umschlaggeschwindigkeit vergl. Röper, Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, S. 38 und Mellerowicz, Die Handelsspanne bei freien, gebundenen und empfohlenen Preisen, S.42;

2) Sachlich rechtfertigende Gründe

Die Koppelung von Vertriebsregelungen mit Preisempfehlungen stellt jedoch nicht in jedem Fall einen Mißbrauch nach § 38a Abs.3 Nr.4 dar, sondern nur dann, wenn sachliche Gründe fehlen, die einen selektiven Vertrieb rechtfertigen könnten.¹⁸⁾ Der Bericht des Wirtschaftsausschusses nennt als Beispiele die Unterbindung von Lockvogelverkäufen, die unter § 3 UWG fallen, die Sicherung eines notwendigen Kundendienstes, sowie die Notwendigkeit sachkundiger Beratung des Kunden und fügt hinzu, daß es in soweit bei den bisher zu § 26 Abs.2 entwickelten Grundsätzen bleibe¹⁹⁾.

a) Rechtfertigungsgründe ohne preispolitischen Bezug

Aus dem Normzweck des § 38a Abs.3 Nr.4 ergibt sich, daß nur diejenigen Selektivmaßnahmen mißbräuchlich im Sinn der Nr.4 sind, die unmittelbar oder mittelbar dem Zweck dienen, das Preisniveau künstlich in die Höhe zu halten²⁰⁾.

Beruht hingegen ein Ausschluß vom Vertrieb auf absatzpolitischen Erwägungen, die nicht auf die Ausschaltung zu niedriger Preise gerichtet sind, so ist er unter dem Gesichtspunkt des § 38a Abs.3 Nr.4 grundsätzlich nicht zu beanstanden²¹⁾.

Sachlich gerechtfertigt kann demnach jeder Vertriebsausschluß sein, der auf vernünftigen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Erwägungen beruht²²⁾. In diesem Sinne erkennt auch das Bundeskartellamt selektive Vertriebsmaßnahmen beim Absatz von Markenwaren als sachlich gerechtfertigt an, wenn diese Waren aus Gründen der Beratungs- und Servicebedürftigkeit sowie der Lagerhaltung für Ersatz- und Zubehörteile nur auf be-

18) Benisch, Gem.Kom., § 38a Rn. 54;

19) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 596;

20) Kazmeyer, FIW 66 S.111;

21) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.54;

22) so für § 26 Abs.2 KG, WuW/E OLG 259; Benisch, Gem.Kom. § 26 Abs.2 Rn. 41; Frankf.Kom. § 26 Tz.75;

stimmten Absatzwegen vertrieben werden²³⁾. Darüberhinaus gelten jedoch - wie der Wirtschaftsausschuß angedeutet hat - auch alle sonstigen Gesichtspunkte, unter denen eine unterschiedliche Behandlung aus Sicht des § 26 Abs.2 gerechtfertigt ist²⁴⁾. Sorgfältig wird aber zu prüfen sein, ob der Empfehlende diese objektiv rechtfertigenden Gründe nicht lediglich als Schutzbehauptung zur Tarnung seiner eigentlich preispolitischen Motivation vorschiebt. So weist das Bundeskartellamt mit guten Gründen darauf hin, daß in vielen Fällen z.B. das Argument der Beratungsbedürftigkeit nicht durchgreifen kann, wenn der Hersteller durch die Gestaltung der Verpackung und durch selbstbedienungsgerechte Warenpräsentation selbst zu erkennen gibt, daß er einen beratungslosen Selbstbedienungsverkauf für den Verkauf seiner Ware durchaus als angemessen ansieht²⁵⁾.

b) Preispolitisch motivierte Rechtfertigungsgründe

Aber auch dann, wenn der Empfehlende bestimmte Handelsunternehmen oder Handelsgruppen wegen ihrer Preispolitik vom Vertrieb ausschließt, kann dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein. Der Wirtschaftsausschuß hat selbst das Beispiel der Lockvogelverkäufe, die unter § 3 UWG fallen, genannt. Darüberhinaus wird man aber auch noch andere Gründe anerkennen müssen²⁶⁾. Allerdings ist hierbei zu beachten, daß der Mißbrauchstatbestand der Nr.4 in engem Zusammenhang mit Nr.3 zu sehen ist. Bejaht man einen Mißbrauch nach Nr.3 nicht nur - wie hier vertreten wurde - wenn der empfohlene Preis den hypothetischen Marktpreis des hauptabsatztragenden, repräsentativen Händler-

23) BKartA, Tb. 1975, BT-Drucks. 7/5390 S. 26;

24) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.54;

25) BKartA, Tb. 1975, aaO S.26;

26) ebenso Belke, ZHR 1974,445; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 54;

stammes generell erheblich übersteigt, sondern legt man § 38a Abs.3 Nr.3 extensiv dahingehend aus, daß auch diejenigen Unterbietungen als mißbrauchsbegründend angesehen werden, die von bestimmten, besonders preisaktiven Händlern aus Werbegründen selbst dann vorgenommen werden, wenn der empfohlene Preis für sie durchaus als Wiederverkaufspreis in Betracht käme, so wird man dem Empfehlenden zugestehen müssen, daß er sich gegen derartige, nicht durch einen überhöhten Ansatz der Preisempfehlung bedingte Unterbietungen zur Wehr setzt, damit sein Empfehlungssystem nicht von vornherein durch diese Händler in die Mißbrauchszone der Nr.3 gezogen wird. Insofern muß man bei extensiver Auslegung des Mißbrauchstatbestands der Nr.3 aus Konsequenzgründen im Rahmen der Nr.4 einen weiteren Kreis von Rechtfertigungsgründen für preispolitisch motivierte Vertriebsausschlüsse anerkennen, da dann auch diejenigen vertriebsregelnden Maßnahmen als sachlich gerechtfertigt angesehen werden müssen, die darauf abzielen, willkürliche und nicht durch überhöhten Ansatz der Preisempfehlung veranlaßte Unterbietungen der Händler, die aber gleichwohl als mißbrauchsbegründend im Sinne der Nr.3 angesehen werden, zu verhindern. Bleiben hingegen - wie hier vertreten wurde - für die Feststellung der Überhöhung des empfohlenen Preises nach Nr.3 Unterschreitungen nicht repräsentativer Geschäftstypen grundsätzlich außer Betracht, stellt man also lediglich darauf ab, ob der Empfehlende den tatsächlichen Marktpreis der hauptabsatztragenden Händlerschicht getroffen hat, so kann sich der Empfehlende im Hinblick auf Nr. 4 nicht mehr darauf berufen, daß er aus rechtlichen Gründen die unterbietenden Händler ausschließen müsse, um sein Empfehlungssystem nicht in die Mißbrauchszone der Nr. 3 geraten zu lassen. In diesem Fall können

also wesentlich höhere Anforderungen an das Gewicht der sachlich rechtfertigenden Gründe im Sinne von Nr.4 gestellt werden.

Hält man sich nun vor Augen, daß die gesamte Regelung des Empfehlungstatbestandes in erster Linie nicht den Zweck verfolgt, möglichst einheitliche, sondern möglichst marktkonforme Preise zu garantieren und bedenkt man ferner, daß diese Marktkonformität vor allem dadurch gefördert wird, daß sich der tatsächliche Marktpreis im Wettbewerb zwischen den verschiedenen Geschäftstypen des Handels herausbilden kann, so kommt man zu dem Ergebnis, daß vorrangig sichergestellt werden muß, daß der Vertrieb der preisempfohlenen Ware nicht auf bestimmte Geschäftstypen des Handels, mit der ihnen eigenen Preispolitik beschränkt wird, sondern daß grundsätzlich alle Geschäftstypen, die den von der Ware her notwendigen Service bieten können, beliefert werden, egal welche Preispolitik sie verfolgen.

Nur so kann der Verbraucher entscheiden, welchen Geschäftstyp und welches Preisniveau er für den Absatz der preisempfohlenen Ware für angemessen hält, was sich dann darin äußert, daß demzufolge über diesen Geschäftstyp der Hauptabsatz abgewickelt wird. Nur so kann die vom Gesetzgeber gewünschte Preisflexibilität²⁷⁾ erreicht und eine Erstarrung der Absatzwege verhindert werden. Insofern sind an die Gründe, die einen Vertriebsausschluß aus Preisgründen rechtfertigen sollen, hohe Anforderungen zu stellen,²⁸⁾ was allerdings - wie oben dargelegt wurde - nur dann vertretbar ist, wenn zugleich der Mißbrauchstatbestand der Nr.3 nicht extensiv ausgelegt wird.

27) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.53;

28) a.A. Belke, ZHR 1974,445; Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 54;

Für die Feststellung, ob ein Rechtfertigungsgrund für den Vertriebsausschluß gegeben ist, kommt es wie bei § 26 Abs.2 auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes an²⁹⁾.

Danach rechtfertigt unlauteres Verhalten des Abnehmers in jedem Fall eine Lieferverweigerung, da solche Praktiken vom Schutzzweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin nicht gedeckt sind, wie die Möglichkeit der Vereinbarung dagegen gerichteter Wettbewerbsregeln in § 28 zeigt³⁰⁾. In diesem Sinne hat auch der Wirtschaftsausschuß Lockvogelverkäufe, die gegen § 3 UWG verstoßen³¹⁾, als sachlich rechtfertigenden Ausschlußgrund genannt. Fraglich ist jedoch, inwieweit der Empfehlende berechtigt ist, Händler wegen ^{solcher} Niedrigpreispraktiken vom Vertrieb auszuschließen, die an sich noch nicht ohne weiteres als unlauter bezeichnet werden können, wohl aber mit dem Gedanken des Leistungswettbewerbs nicht vereinbar sind. Als Beispiel für derartige Niedrigpreispraktiken mag der Rossignol-Fall dienen, in dem ein Händler, der sein sonstiges Angebot mit ca. 50 % Aufschlag kalkuliert hatte, den Markenartikel des Klagegegners aber nur mit einer Handelsspanne von 6 % angeboten und zusätzlich erklärt hatte, er werde die Preise dieses Herstellers

29) BGH, WuW/E 502;

30) Lübbert, BB 76,242 r.Sp.;

31) Nach der Rechtsprechung des BGH stellen auffallend günstige Niedrigpreisangebote nur dann Lockvogelangebote dar, wenn sie nicht deutlich als "Sonderangebote" gekennzeichnet sind, und dadurch bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucherschaft den irrigen Eindruck erwecken, daß auch das übrige Sortiment besonders preisgünstig kalkuliert ist. Niedrigpreisangebote können jedoch nicht schon deswegen als unlauter angesehen werden, weil sie z.B. im Wege der Mischkalkulation zustande gekommen sind, oder weil sie gar unter dem Einstands- oder Selbstkostenpreis des Händlers liegen. Vgl. BGH, WuW/E 1036 "Lockvogel"; Fikentscher, BB 58,201; Gaedertz, WRP 73,441; Schmitz-Hangbers, BB 74,346; Reimer, GRUR 74,568;

"kaputt" machen. Zurecht ist der BGH in diesem Fall davon ausgegangen, daß ein solches Preisverhalten stets zur Lieferverweigerung berechtigt³²⁾. Es kann nicht von dem Markenartikelhersteller erwartet werden, daß er tatenlos zusieht, wie einzelne Händler auf seine Kosten, aber auch zu Lasten der normal kalkulierenden Händlerkollegen den mühsam durch Leistung und erfolgreiche Werbung erworbenen Good Will der Marke zerstören und daraus möglicherweise Vorteile ziehen, ohne selbst irgendwelche besonderen, erkennbaren Leistungen zu erbringen. Angesichts der schwerwiegenden Schädigung die dem Markenartikelhersteller dadurch droht, daß normal kalkulierende Händler von dem Vertrieb der, auf diese Weise "heruntergewirtschafteten" Marke Abstand nehmen, muß bei derart spektakulären Niedrigpreispraktiken demgegenüber das Interesse des Händlers an einer unbeeinflussten, völlig freien Preisgestaltung zurücktreten. Auch aus dem Normzweck des § 38a Abs. 3 Nr. 4, der zum Schutze des Wettbewerbs als Institution eine möglichst große Preisflexibilität auf der Handelsstufe gewährleisten will³³⁾, kann nicht abgeleitet werden, daß der Empfehlende derart weitreichende Schädigungen am Good-Will seiner Ware hinnehmen müsse. Insofern sind solche spektakuläre, dem Leistungswettbewerb zuwiderlaufende Niedrigpreispraktiken wie im Rossignol-Fall auch dann als sachlich rechtfertigender Grund für einen Vertriebsausschluß anzusehen, wenn sie kein irreführendes Lockvogelangebot im Sinn von § 3 UWG darstellen³⁴⁾.

32) BGH, WuW/E 1396 "Rossignol";

33) Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 53 S. 116;

34) ebenso Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 54 S. 118; vgl. auch Lübbert, BB 76, 242 r. Sp., der ebenfalls dafür plädiert, den Kreis der preispolitisch motivierten Rechtfertigungsgründe nicht nur auf unlauteres Verhalten der Abnehmer zu beschränken, sondern auch auf Maßnahmen auszuweihen, die dem Leistungswettbewerb widersprechen.

Fraglich bleibt hingegen, ob der Empfehlende bestimmte Händler wegen ihrer Niedrigpreispolitik auch dann ausschließen darf, wenn der Good-Will seiner Marke nicht in so erheblichem Maße wie im Rossignol-Fall beeinträchtigt wird. Zu denken ist hier an Fälle der einfachen Mischkalkulation und der kurzfristigen Herausstellung einzelner Brennpunktartikel als Sonderangebote³⁵⁾. Auch solche Unterbietungen stellen zwar - worauf Belke zutreffend hinweist³⁵⁾ - wegen der durch sie bewirkten Heterogenität des Preisniveaus eine gewisse Gefahr für den Bestand des Empfehlungssystems dar, da sie leicht weitere Unterbietungen nach sich ziehen können, so daß möglicherweise im Laufe der Zeit auch die hauptabsatztragende Händlerschicht Preise fordert, die erheblich unter dem ursprünglich empfohlenen Preis liegen. Der auf Freiheit des Wettbewerbs ausgerichtete Schutzzweck des § 38a Abs.3 Nr.4 erlaubt es jedoch nicht, daß der Empfehlende in derartigen Fällen versucht, durch Ausschluß der unterbietenden Händler einer solchen marktkonformen, preissenkenden Tendenz entgegenzuwirken³⁶⁾. Zu berücksichtigen ist hierbei, daß einfache Sonder- und Mischkalkulationsangebote grundsätzlich als wettbewerbsrechtlich zulässige Instrumente der Preispolitik des Handels anzusehen sind³⁷⁾ und keinesfalls generell als Nichtleistungswettbewerb abqualifiziert werden können. Da es gerade Schutzzweck des § 38a Abs.3 Nr.4 ist, einer Erstarrung der Vertriebswege entgegenzuwirken, kann es nicht als sachlich gerechtfertigt angesehen werden, wenn der Empfehlende bestimmte Händler nur deshalb ausschließen will, um das einmal durch die Preis-

35) vgl. Belke, ZHR 1974,446;

36) a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn.54; Belke, ZHR 1974,446, die beide auch in Fällen einfacher Sonder- und Mischkalkulationsangebote eine gewisse Vertriebssteuerung aus Preisgründen anerkennen wollen.

37) Fikentscher, BB 58,201 ff.;

empfehlung zutreffend festgelegte Preisniveau vor einem eventuellen Absinken zu bewahren. Eine derartige dynamische Entwicklung muß der Empfehlende als wettbewerbsbedingt in Kauf nehmen und gegebenenfalls die Kalkulation, seiner Preisempfehlung den veränderten Marktverhältnissen anpassen. In diesem Sinne hat auch der BGH im Rossignol-Fall entschieden, daß die allgemeine Niedrigpreispolitik eines Händlers den Markenartikelhersteller nicht zur Lieferverweigerung berechtige, weil der Händler nicht-preisgebundener Waren in der Gestaltung seiner Verkaufspreise frei ist und Einflußnahmen des Herstellers auf die Preisbildung der nachfolgenden Absatzstufen, über den Rahmen der unverbindlichen Preisempfehlung hinaus, nicht erfolgen dürfen³⁸⁾.

V) Sonstige Mißbrauchsfälle

Neben den vier genannten speziellen Mißbrauchstatbeständen hat das Bundeskartellamt aufgrund der Generalmiðbrauchsklausel des § 38a Abs.3 Satz 1 die Möglichkeit, auch noch in weiteren Fällen gegen Preisempfehlungen vorzugehen, wenn es feststellt, daß die Empfehlungen einen Mißbrauch der Freistellung von § 38 Abs.1 Nr.11 und 12 darstellen. Allerdings sind Fallgruppen, die Gegenstand der Nr. 1 bis 4 sind, wegen der dort vorgenommenen gesetzlichen Abgrenzung als abschließend geregelt zu betrachten. Soweit im Einzelfall eine spezielle Mißbrauchsvoraussetzung nicht erfüllt ist, kann daher nicht auf die Generalklausel zurückgegriffen werden.³⁹⁾ Dies gilt auch - wie oben bereits dargelegt wurde⁴⁰⁾ - für allgemeine Diskriminierungen. Da sich aus § 38a Abs.3 Nr.4 ergibt, daß die Möglichkeit eines Mißbrauchseingriffs nur im Fall der Sperrdiskriminierung gegeben ist, können sonstige

38) BGH, WuW/E 1396 "Rossignol";

39) Benisch, Gem.Kom. § 38a, Rn.55;

40) siehe oben, S. 189 der Diss.;

Diskriminierungspraktiken wie z.B. Rabattdiskriminierungen nicht unter Berufung auf die Generalklausel als sonstiger Mißbrauch angesehen werden. Derartige Diskriminierungen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nur unter den Voraussetzungen des § 26 verfolgt werden⁴¹⁾.

1) Der Mißbrauch durch sonstige Täuschung

Gehen von einer Preisempfehlung täuschende Wirkungen aus, die deshalb nicht von dem speziellen Mißbrauchstatbestand der Nr.2 erfaßt werden, weil sich die Täuschung nicht auf die von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis, sondern auf sonstige Umstände bezieht, so können diese täuschenden Wirkungen einen Mißbrauchseingriff nach § 38a Abs.3 Satz 1 begründen⁴²⁾. So ist z.B. eine Preisangabe, die sich nur auf einen Teil des Erzeugnisses bezieht (wie etwa der Preis für ein KFZ ohne das obligatorische Serienzubehör) dann mißbräuchlich im Sinne von § 38a Abs.3 Satz 1, wenn die preisempfohlene Ware in Wirklichkeit nur zusammen mit weiteren, in der Preisempfehlung nicht berücksichtigten Bestandteilen oder Zubehöerteilen verkauft wird. Ebenso mißbräuchlich ist eine Angabe von Verbraucherpreisen, die die gesetzliche Mehrwertsteuer nicht enthalten⁴²⁾. Da davon ausgegangen werden muß, daß der Gesetzgeber durch die Schaffung des speziellen Täuschungstatbestands der Nr.2 eine abschließende gesetzliche Regelung lediglich für diejenigen Täuschungsfälle schaffen wollte, die sich auf den von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis beziehen, kann die Kartellbehörde Preisempfehlungen, die in sonstiger Weise täuschend wirken, aufgrund der Generalmißbrauchsklausel des § 38a Abs.3 Satz 1 für unzu-

41) wie hier Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 61;
a.A. BKartA, Tb. 1968 S. 56; Belke, ZHR 1974, 446;
42) Kazmeyer, FiW 66, S.109;

lässig erklären⁴³⁾. Die daneben bestehende Möglichkeit, gegen derartige Täuschungen nach § 3 UWG vorzugehen, bleibt hiervon unberührt.

2) Das mißbräuchliche Verbot des Preisvergleichs

Ein sonstiger Mißbrauchsfall liegt auch dann vor, wenn der Empfehlende den Händlern untersagt, den empfohlenen Preis mit den von ihnen tatsächlich geforderten Preisen zu vergleichen⁴⁴⁾. Hat der Empfehlende Handelspreisempfehlungen ausgesprochen, so will er durch das Verbot des Preisvergleichs verhindern, daß Händler von sich aus - insbesondere, wenn sie die Preisempfehlung unterbieten - den eigentlich nur für die Händler bestimmten empfohlenen Preis den Verbrauchern mitteilen, um durch den Hinweis auf die eigenen günstigeren Preise ein gutes Verkaufsargument in der Hand zu haben. Aber auch dann, wenn der Empfehlende Verbraucherpreisempfehlungen ausgesprochen hat, die zwar als solche den Verbrauchern bereits die Möglichkeit zu Preisvergleichen eröffnen, kann der Empfehlende durch ein an die Händler gerichtetes Verbot des Preisvergleichs verhindern, daß die Händler ihre Unterbietung des empfohlenen Preises werbemäßig besonders herausstellen und dadurch die Verbraucher und nicht zuletzt das Bundeskartellamt in besonders eindringlicher Weise auf die Unterbietung der Preisempfehlung hinweisen.

In beiden Fällen entwickelt ein Verbot des Preisvergleichs preisstabilisierende Wirkungen, da hierdurch die sonst wirksamen Anreize zur Unterbietung des empfohlenen Preises entfallen und somit die

43) wie hier Kazmeyer, FIW 66 S.110; a.A. Benisch, GRUR 75,54 1.Sp.;

44) Kazmeyer, FIW 66 S.108; Belke, ZHR 1974,447; a.A. Benisch, Gem.Kom. § 38a -Rn.62, der einen Mißbrauch dann verneint, wenn der Empfehlende eine bloße Handelspreisempfehlung ausgesprochen hat.

Wettbewerbsaktivität auf der Handelsstufe tendenziell gemindert wird. Schon aus diesem Grunde muß das Verbot des Preisvergleichs als Mißbrauch der Preisempfehlung angesehen werden, da nach dem klar erkennbaren Sinn und Zweck des Gesetzes Einflüssen des Umgehenden auf die Preisbildung seiner Abnehmer, die über das bloße Aussprechen von Preisempfehlungen hinausgehen, als unzulässig anzusehen sind⁴⁵⁾. Dieser Grundsatz kommt insbesondere in § 38a Abs.3 Nr.1 (Unzulässigkeit von Druck jeglicher Art) und in § 38a Abs.3 Nr.4 (Mißbräuchlichkeit des preisstabilisierenden, selektiven Vertriebs) eindeutig zum Ausdruck.

Darüberhinaus würde ein derartiges Verbot des Preisvergleichs gegen die berechtigten Interessen der Händler verstoßen, da diese hierdurch in ihrer Freiheit, die Verkaufspreise autonom zu gestalten und mit diesen Preisen zu werben, in erheblichem Maße beeinträchtigt würden⁴⁶⁾. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß es nach der Rechtssprechung des BGH durchaus zulässig ist, daß Händler den eigenen Preis mit dem vom Hersteller empfohlenen Preis vergleichen, vorausgesetzt, daß dieser Preis marktkonform kalkuliert und ausdrücklich als unverbindlich empfohlener Preis gekennzeichnet ist⁴⁷⁾.

Durch ein Verbot des Preisvergleichs würden nicht zuletzt auch die Interessen der Verbraucher in gravierender Weise mißachtet. Wie in dem Bericht des Wirtschaftsausschusses mehrfach hervorgehoben wurde, sollte die Preisempfehlung insbesondere deshalb beibehalten werden, weil sie für den Verbraucher eine wichtige Orientierungshilfe darstellt, die häufig der einzige Anhaltspunkt ist, um den vom Handel

45) ebenso BGH, WuW/E 1396 ff.;

46) Kazmeyer, FiW 66 S.109;

47) BGH, WuW/E 629 "20 % unter dem empfohlenen Richtpreis" und BGH, WuW/E 737,746 "Richtpreiswerbung I, II";

ausgezeichneten Preis kritisch zu beurteilen⁴⁸⁾. Angesichts der großen Bedeutung, die dem Preisvergleich in einer Wettbewerbswirtschaft zukommt,⁴⁹⁾ muß demnach jede Beschränkung möglicher Preisvergleiche als Mißbrauch angesehen werden, gleichgültig ob es sich bei dem Vergleichspreis um eine Handelspreisempfehlung oder um eine Verbraucherpreisempfehlung handelt⁵⁰⁾. Eine Einschränkung der Vergleichsmöglichkeiten würde für den Verbraucher in jedem Fall einen schwerwiegenden Verlust an Markttransparenz darstellen, da er gerade an Ausmaß und Umfang der Unterbietungen erkennen könnte, ob die Preisempfehlungen überhaupt marktkonform kalkuliert sind⁵¹⁾. Da eine derartige Kontrolle insbesondere bei Handelspreisempfehlungen notwendig⁵²⁾, muß es gerade bei diesen, der Verbraucherkontrolle weitgehend entzogenen Handelspreisempfehlungen sichergestellt sein, daß Preisvergleiche, die einzelne Händler von sich aus anstellen wollen, uneingeschränkt möglich sind.

4. Abschnitt: Zusammenfassung des gegenwärtigen Empfehlungsrechts und Diskussion möglicher Alternativlösungen

Vertikale Preisempfehlungen werden vom GWB wegen ihrer möglichen, wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen grundsätzlich als unzulässig angesehen und durch ein enges Netz von Verbotsvorschriften, unter denen insbesondere § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 hervorzuheben sind, als Ord-

48) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW/E 370, 594 f.;

49) Kazmeyer, FIW 66 S.109;

50) a.A. Benisch, GRUR 75, 54 1.Sp.; ders., Gem.KomI § 38a Rn. 62;

51) Kazmeyer, FIW 66 S.109;

52) vgl. hierzu BKartA, Tb. 1975 S.24, in dem das BKartA feststellt, daß Handelspreisempfehlungen wettbewerbspolitisch weitaus kritischer zu beurteilen sind als Verbraucherpreisempfehlungen. Ebenso die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände in den AGV-Nachrichten vom 1.7.75, zitiert in Gem.Kom. § 38a Rn.5;

nungswidrigkeiten mit Geldbuße bedroht. Diese Empfehlungsverbote beziehen sich - was ausdrücklich betont werden soll - in gleicher Weise auf Handels- und Verbraucherpreisempfehlungen. Aus wirtschaftspolitischen Gründen hat jedoch der Gesetzgeber bestimmte Preisempfehlungen durch § 38a von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 freigestellt. Auch die Freistellungsregelung des § 38a Abs. 1 und die damit verknüpfte Mißbrauchsaufsicht des § 38a Abs. 3 bezieht sich in gleicher Weise auf Handels- und Verbraucherpreisempfehlungen⁵³⁾.

I) Preisempfehlungen ausschließlich für Markenwaren

Nach Maßgabe des § 38a Abs. 1 sind unverbindliche Handels- oder Verbraucherpreisempfehlungen ausschließlich zulässig für Markenwaren, für die das empfehlende Unternehmen Gewähr bietet, daß sie in gleichbleibender oder verbesserter Güte geliefert werden. Markenwarenpreisempfehlungen können sowohl von Herstellern als auch von Händlern (Großhändlern und Importeuren) für ihre Waren ausgesprochen werden, soweit sie in der Lage sind, die erforderliche Gütekonstanz zu gewährleisten.

Zulassungserfordernis ist sowohl bei Verbraucher- als auch bei Handelspreisempfehlungen, daß die preisempfohlene Ware im Preiswettbewerb mit Waren anderer Hersteller steht, ausdrücklich als "unverbindlich" gekennzeichnet ist und zu ihrer ^{Durchsetzung} ~~Verbreitung~~ Druck angewendet wird. Vor allem ist jedoch darauf zu achten, daß beide Arten der Preisempfehlung marktkonform kalkuliert sein müssen, so daß Preisempfehlungen von Anfang an unzulässig sind und sofort mit Geldbuße belegt werden können, wenn der Empfehlende selbst nicht erwartet, daß der empfohlene Preis dem, von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht.

53) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

II) Preisempfehlungen für Nichtmarkenwaren

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes sind Preisempfehlungen für Nichtmarkenwaren von den Empfehlungsverboten des § 38 Abs.1 Nr. 11 und 12 nicht freigestellt und somit grundsätzlich ordnungswidrig. Als Nichtmarkenwaren im Sinne des Gesetzes sind einerseits diejenigen Waren zu verstehen, die keinerlei Herkunftszeichen tragen (anonyme Waren) und andererseits solche, die zwar mit einem Herkunftsmerkmal versehen sind, deren Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte jedoch nicht gewährleistet wird (sog. unechte Markenartikel oder nur-markierte Waren)⁵⁴⁾.

Da bei nur-markierten Waren das Fehlen der erforderlichen Gütegewährleistung ex ante nicht feststellbar ist, müssen Preisempfehlungen für derartige Waren - sofern sie die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen - zunächst als zulässig erachtet werden⁵⁵⁾. Erst dann, wenn im Laufe der Praktizierung der Preisempfehlung festgestellt werden kann, daß das anfängliche Qualitätsniveau der preisempfohlenen Ware unterschritten wird, können diese Preisempfehlungen wegen Verstoß gegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 38a Abs. 1 verfolgt werden.

Demgegenüber ist bei anonymen Waren die Nichterfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 38a Abs.1 von vornherein zu erkennen. Insofern dürfen für diese Waren grundsätzlich keine Preisempfehlungen ausgesprochen werden. Der Wirtschaftsausschuß des Bundestages hat allerdings angeregt, daß Handelspreisempfehlungen für Nichtmarkenwaren, entsprechend der bisherigen Praxis⁵⁶⁾, im Rahmen des § 47 OWiG nicht verfolgt werden sollten⁵⁷⁾. Diese Anregung hat das

54) vgl. Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.27;

55) siehe oben S. 117 der Diss.;

56) vgl. hierzu den Brief des Präsidenten des BKartA vom 29.6.60, WuW/E BKartA 209 f.;

57) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73,595;

Bundeskartellamt in dem von ihm herausgegebenen Merkblatt über die Verwendung von Unverbindlichen Preisempfehlungen Rechnung getragen, hierbei allerdings den Kreis der tolerierbaren Handelspreisempfehlungen auf Kleinpreisartikel eingeengt⁵⁸⁾. Angesichts dieses eng begrenzten Toleranzrahmens vermögen die grundsätzlich gegen die Tolerierung von Handelspreisempfehlungen vorgebrachten Bedenken Belkes⁵⁹⁾ nicht zu überzeugen, nicht zuletzt deshalb, weil derartige, mit keinem Herkunftskennzeichen versehenen Waren im heutigen Wirtschaftsleben nur noch eine verschwindend geringe Bedeutung haben⁶⁰⁾.

Verbraucherpreisempfehlungen für anonyme Waren können jedoch grundsätzlich nicht toleriert werden, weil Preisempfehlungen bei anonymen Waren für den Verbraucher keinen praktischen Orientierungswert haben, da im Unterschied zur Markenware Qualität, Aufmachung und Menge kaum zu vergleichen sind, und dadurch Manipulationen nicht auszuschließen sind⁶¹⁾.

III) Preisempfehlungen für gewerbliche Leistungen

Da Preisempfehlungen für gewerbliche Leistungen zwar von dem Empfehlungsverbot des § 38 Abs.1 Nr.11 erfaßt werden, das GWB für derartige Preisempfehlungen jedoch keinerlei Freistellungsvorschrift vorsieht, dürfen für gewerbliche Leistungen grundsätzlich keine Preisempfehlungen ausgesprochen werden. Auch die Möglichkeit einer Tolerierung wird weder im Bericht des Wirtschaftsausschusses noch im Merkblatt des BKartA erwähnt. Da aber weite Kreise der Wirtschaft

58) Merkblatt des BKartA, abgedruckt in FIW 66 S.117 (I 3 c), in dem zusätzlich hervorgehoben wird, daß eine Tolerierung nur dann in Betracht komme, wenn die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Aussprechen von Preisempfehlungen gegeben sind. ebenso Kazmeyer, FIW 66 S.106;

59) Belke, ZHR 1974,420; wie hier, auch Benisch, Gem.Kom. § 38a Rn. 28;

60) aus diesem Grunde hat das BKartA seit Inkrafttreten des § 38a noch keine Veranlassung gehabt, eine, die Duldungspraxis betreffende Entscheidung zu erlassen, vgl. Kazmeyer, FIW 66 S.106;

61) Belke, ZHR 1974,421;

bei bestimmten gewerblichen Dienstleistungen, wie zum Beispiel KFZ-Reparaturen und Kundendienstinspektionen ein erhebliches Interesse an gewissen Richtwerten haben, hat das Bundeskartellamt bisher Handlungsempfehlungen für Dienstleistungen toleriert⁶²⁾.

Obwohl in derartigen Fällen regelmäßig auch die Verbraucher an solchen Orientierungswerten interessiert sind⁶³⁾, sieht sich das Bundeskartellamt, angesichts des klaren Gesetzeswortlauts außer Stande, diese Tolerierungspraxis auch auf Verbraucherpreiseempfehlungen für gewerbliche Dienstleistungen auszudehnen⁶⁴⁾.

IV) Die Effektivität der Mißbrauchsbestimmungen

Der Gesetzgeber hat der Kartellbehörde mit § 38a Abs.3 ein praktikables Instrument an die Hand gegeben, um mögliche Mißbräuche, die bei der Praktizierung von Preiseempfehlungen auftreten können, wirkungsvoll zu unterbinden. Durch die beispielhafte Aufzählung bestimmter typischer Mißbrauchsfälle hat der Gesetzgeber einerseits klare Wertungskriterien vorgegeben, unter welchen Umständen eine Empfehlung oder ihre Durchführung mit dem Sinn und Zweck der Freistellung nicht vereinbar ist. Andererseits hat er durch die Schaffung der Generalklausel des § 38a Abs.3 Satz 1 die Möglichkeit offengehalten, daß auch untypische, nicht unter einen der 4 Beispielsfälle subsumierbare Mißbrauchsfälle erfaßt werden können. Angesichts dieser umfassenden Eingriffsmöglichkeiten kann die Effektivität der Mißbrauchsaufsichtsvorschriften des § 38a Abs.3 wohl kaum noch weiter gesteigert werden⁶⁵⁾, ohne daß man andererseits Gefahr liefe, das Instrument der Preiseempfehlung ad absurdum zu führen. Würde man z.B. durch eine Neuregelung

62) vgl. z.B. die von der Autoindustrie aufgestellten Arbeitsrichtwerte für die Berechnung von KFZ-Reparatur- und Inspektionspreisen, die als Handlungsempfehlungen ausgesprochen wurden und insoweit vom BKartA im Einvernehmen mit dem BMWi toleriert wurden. BKartA, Tb. 68.S.44 f.

63) vgl. Schwartz, Gem.Kom. § 16 Rn.30 S. 26;

64) vgl. Kazmeyer, FIW 66 S. 106;

65) ebenso IFO-Gutachten S. 86;

oder auch nur durch allzu extensive Auslegung des geltenden Rechts vereinzelte starke Unterschreitungen des empfohlenen Preises, die durch die unterschiedliche Kosten-Kalkulations- und Marktsituation der verschiedenen in den Vertrieb eingeschalteten Geschäftstypen bedingt ist, bereits als mißbräuchlich ansehen, so würde man zwar eine Vereinheitlichung der tatsächlich geforderten Preise fördern, aber andererseits die Preisempfehlung an der Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgabe hindern, die Verbraucher über die marktbedingten Kalkulationsunterschiede zwischen den verschiedenen Händlern und Geschäftstypen in angemessener Weise zu informieren. Insofern sollte die geltende gesetzliche Regelung der Mißbrauchsaufsicht über vertikale Preisempfehlungen, mit der bereits alle wesentlichen, wirtschaftspolitisch wirklich gefährlichen Mißbrauchsfälle in wirkungsvoller Weise bekämpft werden können, nicht weiter verschärft werden.

Hierzu besteht auch deshalb kein Anlaß, weil man dem Bundeskartellamt bescheinigen kann, daß es mit Hilfe des gegebenen Instrumentariums, dem ihm gegebenen gesetzlichen Auftrag der Mißbrauchsaufsicht über unverbindliche Preisempfehlungen wohl weitgehend gerecht geworden ist⁶⁶⁾. Das Bundeskartellamt hat schwerpunktartige Kontrollen in vielen, für den Verbraucher wichtigen Produktbereichen durchgeführt und hat Empfehlungen dann beanstandet, wenn Fälle mißbräuchlicher Handhabung festgestellt worden sind. Bereits auf Grund dieser Beanstandungen haben zahlreiche Hersteller ihre Preisempfehlungen freiwillig aufgegeben, ohne daß eine Entscheidung des Amtes erforderlich wurde. Insgesamt sind infolge dieser Mißbrauchsaufsicht mindestens 45000 Preisempfehlungen entfallen⁶⁷⁾. Auch durch die beratende Tätigkeit des Bundeskartellamts und durch Abmahnungen auf Verbandsebene konnten branchenweit

66) ebenso IFO-Gutachten S.85;

67) BKartA, TB 1976, BT-Drucks. 8/704 S.35;

Mißbräuche von Preisempfehlungen abgestellt werden.⁶⁸⁾

Aus diesen Gründen kam das Bundeskartellamt bereits im Berichtsjahr 1975 zu der Feststellung, daß sich die Zahl der offensichtlichen Mißbräuche bei Verbraucherpreisempfehlungen im Vergleich zu den Vorjahren erheblich verringert habe⁶⁹⁾. Insbesondere dem Mondpreisproblem kommt heute, auf Grund der intensiven Aufklärungs- und Verfolgungstätigkeit des Bundeskartellamts keine nennenswerte Bedeutung mehr zu, was neben den Erfahrungen des Bundeskartellamts auch die, in diesem Punkte übereinstimmenden Aussagen der Verbände bestätigen⁷⁰⁾.

Insgesamt kann also festgestellt werden, daß sich die geltende Regelung des Empfehlungsrechts durchaus bewährt hat, so daß für eine Verschärfung der Mißbrauchsaufsichtsbestimmungen oder gar für eine Abschaffung des Instituts der Unverbindlichen Preisempfehlung angesichts der bisherigen Erfahrungen keine Veranlassung besteht⁷¹⁾.

V) Diskussion möglicher Alternativlösungen

Da trotz der positiven Erfahrungen mit der geltenden Preisempfehlungsregelung weiterhin von verschiedenen Seiten ein generelles oder differenzierendes Verbot der Preisempfehlungen gefordert wird, soll im folgenden Teil kurz auf einige Konsequenzen dieser Lösungsvorschläge eingegangen werden.

1) Das Verbot der Verbraucherpreisempfehlung

Ein Verbot der Verbraucherpreisempfehlung würde sowohl für die Verbraucher als auch für die Händler und Hersteller zum Teil sehr negative Auswirkungen zeitigen, die mit den erklärten wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers nur schwerlich in Einklang gebracht werden können.

68) Benisch, Gem. Kom. § 38a Rn. 68;

69) BKartA, TB 1975 S. 24;

70) BT-Drucks 8/703 S.9 1;

71) so auch der Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 8/703 S.18 r.;

Zu Lasten des Verbrauchers ginge insbesondere der Fortfall der faktischen Höchstpreiswirkung und die Verringerung der Markttransparenz. Zwar ist für die Marktübersicht und Preisinformation des Verbrauchers in erster Linie der Vergleich zwischen den tatsächlichen Ladenpreisen der verschiedenen Einzelhändler entscheidend. Eine marktgerecht kalkulierte und als unverbindlich gekennzeichnete Verbraucherpreisempfehlung kann jedoch dem Verbraucher nicht nur als erste Information über die preisliche Einordnung, sondern auch als überregionale Marktorientierung eine entscheidende Hilfe sein⁷²⁾. Demgegenüber greift der vielfach vorgetragene Einwand nicht durch, daß die Verbraucherpreisempfehlung in vielen Fällen für den Verbraucher nicht mehr, sondern durch Verunsicherung und Irreführung letztlich weniger Markttransparenz bewirke⁷³⁾. Derartige Fälle der Irreführung der Verbraucher sind bereits nach geltendem Recht als Verstoß gegen die Vorschriften des ÜWG erfaßbar. Sie können nicht generell der Unverbindlichen Preisempfehlung angelastet werden.⁷⁴⁾ Außerdem ist nach den Feststellungen des Bundeskartellamts die Anzahl der werblichen Gegenüberstellungen der empfohlenen Preise mit den niedrigeren Abgabepreisen des Einzelhandels ohnehin erheblich zurückgegangen⁷⁵⁾.

Für die Hersteller von Markenwaren würde ein Verbot der Verbraucherpreisempfehlung einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Wettbewerbsfreiheit darstellen, da ihnen hierdurch die einzige verbliebene Möglichkeit genommen würde, entsprechend ihrer Produktions- und Absatzplanung ihre Preisvorstellungen gegenüber

72) BT-Drucks. 8/703 S.15 1.;

73) Verbraucherpolitische Korrespondenz Nr.27 vom 5.7.77 S.5, Herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher;

74) so auch der Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 8/703 S.17 Tz. 39 Nr.2;

75) BKartA, TB 1976, BT-Drucks. 8/704 S.36;

den Verbrauchern bekannt zu geben. Angesichts der ohnehin schon relativ geringen Bedeutung, die der Preis als Werbeargument in der Marketingstrategie der meisten Markenwaren-Hersteller heute einnimmt, ist es wirtschaftspolitisch schwer einzusehen, daß auch denjenigen Herstellern, die trotzdem bestrebt sind, durch einen verhältnismäßig niedrigen Ansatz des empfohlenen Preises einen hohen Mengenabsatz zu erzielen, diese preispolitische Möglichkeit durch ein Verbot der Verbraucherpreisempfehlung genommen werden sollte⁷⁶⁾.

Aber auch für weite Teile des Einzelhandels würde ein Verbot der Verbraucherpreisempfehlung erhebliche Nachteile bringen, die insbesondere mit den strukturpolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sind. So ist vor allem bei Großsortimenten mit zahlreichen Typenvariationen (z.B. Möbel, Porzellan), die der einzelne Händler nur zu einem geringen Anteil vorrätig halten kann, das Anbieten eines breit gefächerten Sortiments nur über Kataloge, Prospekte oder Preislisten möglich⁷⁷⁾. In diesen Fällen erwartet der Verbraucher, daß der Händler ihm mit Preisen versehenes Informationsmaterial mit nach Hause gibt, damit er dort in Ruhe und unter Vergleich der Preise der verschiedenen Hersteller seine Auswahl treffen kann. Ein Verbot der Unverbindlichen Preisempfehlungen würde in diesen Bereichen die Händler vor große Schwierigkeiten stellen, da sie jeden einzelnen Artikel selbst kalkulieren und in jedem Prospekt selbst mit dem eigenen Preis auszeichnen müßten. Es liegt auf der Hand, daß hierbei den großbetrieblichen Handelsformen ein erheblicher Wettbewerbsvorteil zukäme, da sie viel eher in der Lage wären, eigene Prospekte und Verkaufsunterlagen, unter Angabe ihrer selbst kalkulierten Preise, kostengünstig in großer Stückzahl drucken

76) vgl. hierzu den Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S.7 l.;

77) Bericht der Bundesreg., BT-Drucks., 8/703 S.15 r.;

zu lassen. Außerdem können sich die großbetrieblichen Handelsformen gegenüber den Herstellern erfahrungsgemäß eher durchsetzen, daß diese die von den Händlern selbst kalkulierten Preise auf die gelieferten Waren, Prospekte und Kataloge kostenlos aufdrucken, während kleinere Händler - denen diese Möglichkeit nicht in diesem Maße offensteht - inso-⁷⁸⁾weit einen weiteren Wettbewerbsnachteil erleiden⁷⁸⁾.

2) Das Verbot der Handelspreisempfehlung

Im Vergleich zum Verbot der Verbraucherpreisempfehlung ließe sich ein Verbot der Handelspreisempfehlung eher in das wirtschaftspolitische Konzept des Gesetzgebers einfügen. Die gesetzgeberische Zielsetzung bei der Neuregelung des Preisempfehlungsrechts im Rahmen der Kartellgesetznovelle von 1973 ist erklärtermaßen ⁷⁹⁾ darin zu sehen, daß einerseits der freie und wirksame Preiswettbewerb im Handel gesichert und andererseits eine verbraucherfreundliche Kalkulation im Handel gefördert werden sollte. Handelspreisempfehlungen leisten jedoch zur Erreichung dieser Ziele nur einen geringen Beitrag. Einerseits erhöhen sie weder die Markttransparenz für die Verbraucher, noch entfalten sie eine faktische Höchstpreiswirkung wie die Verbraucherpreisempfehlung. Andererseits birgt die für den Verbraucher nicht sichtbare Handelspreisempfehlung die Gefahr in sich, daß Händler auch eine leicht überhöhte Handelspreisempfehlung im Vertrauen darauf einhalten, daß auch ihre Konkurrenten die Handelspreisempfehlung einhalten werden.

Trotz dieser mit den wettbewerbs-, verbraucher- und preispolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers

78) Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S.16 l.;

79) Bericht des Wirtschaftsausschusses, WuW 73, 595;

nicht in Einklang zu bringenden Wirkungen ⁸⁰⁾, ist der Einsatz der Handelspreisempfehlung in bestimmten Bereichen wirtschaftspolitisch durchaus sinnvoll. Insbesondere beim Vertrieb von Massensortimenten können marktkonform kalkulierte Handelspreisempfehlungen in Form von Bruttopreislisten oder Sortimentsübersichten als Mittel zur Absatz- und Kalkulations-erleichterung nutzbringend eingesetzt werden. Bei Großsortimenten, die teilweise mehr als 100.000 Einzelpositionen umfassen, von denen der einzelne Händler nur einen geringen Anteil vorrätig halten kann, würde es eine unnötige Arbeits- und Kostenbelastung darstellen, wenn jeder einzelne Händler "auf Verdacht" alle Waren seiner Lieferanten kalkulieren müßte, obwohl er stets nur einen kleinen Bruchteil davon tatsächlich verkauft ⁸¹⁾. In diesen Fällen können Bruttopreislisten einen wirtschaftspolitisch durchaus erwünschten Rationalisierungseffekt hervorrufen, indem sie den Händlern einen ersten Anhaltspunkt für ihre individuelle Kalkulation bieten. Diese individuelle Kalkulation eines jeden Händlers wird jedoch - wie die Praxis durchaus zeigt - durch unverbindliche Bruttopreisempfehlungen keineswegs ^{grundsätzlich} verhindert. Jeder Händler kann in einfacher Weise entsprechend seiner individuellen Kostensituation und seiner geschäftstypischen Preiskalkulation von dem unverbindlich empfohlenen Wiederverkaufspreis um einen bestimmten prozentualen Zu- oder Abschlag abweichen. Eine derartige rationelle Kalkulation mittels eines, für den einzelnen Händler einheitlichen Zu- oder Abschlags könnten Nettopreislisten nicht bieten, da in den von den Herstellern erstellten Bruttopreislisten preisbildende Faktoren - die für alle Händler im wesentlichen gleich sind - wie zum Beispiel die unterschiedlichen

80) vgl. auch Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S. 18 Tz. 39 Nr. 3;

81) Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S. 7 r.;

Umschlagsgeschwindigkeiten innerhalb des Sortiments, die unterschiedliche Servicebedürftigkeit oder die unterschiedlich hohen Aufwendungen für die Zwischenlagerhaltung eines jeden einzelnen Artikels bereits berücksichtigt werden können.

Noch ein weiterer Gesichtspunkt läßt das Verbot der Handelspreisempfehlung als rechtspolitisch fragwürdig erscheinen. Angesichts der enorm hohen Zahl von schätzungsweise 5 Millionen Handelspreisempfehlungen⁸²⁾ und angesichts der Tatsache, daß sich Handelspreisempfehlungen definitionsgemäß nur im Innenverhältnis zwischen Hersteller und Händler äußern, wäre das Bundeskartellamt mit der Überwachung des Verbots vertikaler Handelspreisempfehlungen hoffnungslos überlastet. Insofern erscheint es als das kleinere Übel, Handelspreisempfehlungen in dem bisher geltenden Rahmen zuzulassen und einer entsprechend strengen Mißbrauchsaufsicht zu unterwerfen, als ein überstrenges Gesetz zu verabschieden, dessen Einhaltung jedoch nicht überwacht werden könnte⁸³⁾.

Nicht zuletzt sollte man sich vor Augen halten, daß sich das deutsche Kartellrecht durch ein Verbot der Unverbindlichen Preisempfehlungen in Gegensatz zum Wettbewerbsrecht aller übrigen Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Gemeinschaft selbst setzen würde und sich damit von der erstrebten Harmonisierung der Wettbewerbsregeln innerhalb des Gemeinsamen Marktes entfernen würde⁸⁴⁾.

82) BKartA, TB 1976, BT-Drucks. 8/704 S.34 ;

83) vgl. auch Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S.16 r.;

84) Bericht der Bundesreg., BT-Drucks. 8/703 S.16 Tz. 37 Nr. 6 sowie hierzu die Anlage 4 S.32 ff.;

Lebenslauf

Am 11.9.1947 wurde ich als Sohn des jetzigen Regierungsdirektor Dr. jur. Hugo Dinter und seiner Ehefrau Gerta, geb. Ulich, in Erlangen geboren. Von September 1953 bis Juli 1958 besuchte ich eine Münchner Volksschule und von September 1958 bis Juli 1967 das neu-sprachliche Albert-Einstein-Gymnasium in München. Dort legte ich am 21.7.1967 mit Erfolg die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 67/68 und im Sommersemester 68 studierte ich als Student der Rechte an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München. Im Wintersemester 1968/69 wechselte ich an die Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg, an der ich neben juristischen auch volkswirtschaftliche Vorlesungen und Übungen belegte. Da die in Freiburg erworbenen volkswirtschaftlichen Übungs-scheine von der Staatswirtschaftlichen Fakultät der Universität München nicht anerkannt wurden, kam ich bereits im Sommersemester 1969 wieder nach München zurück, um hier meine Studien in Jura und Volkswirtschaft fortzusetzen. Ich legte im Sommersemester 1970 die wirtschaftswissenschaftliche Zwischenprüfung ab und bestand am 14.12.1972 in München das Erste Juristische Staatsexamen.

Den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar leistete ich - ebenfalls in München - in der Zeit vom 1.3.1973 bis zum 13.9.1976 ab, wobei mir ein Jahr Sonderurlaub gewährt wurde, um an meiner Dissertation arbeiten zu können. Das Zweite Juristische Staatsexamen habe ich am 13.9.1976 in München mit Erfolg abgelegt. Seit 1.6.1977 arbeite ich als Bankangestellter in einer Münchner Großbank.

